THÈSE DE
POITIERS.
1886
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DES ÉDILES

ET DE LEUR ROLE

DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PRIVÉ

DE LA SUBSTANCE

ET

DES EFFETS DES CONVENTIONS

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Et soutenue le vendredi 2 Juillet 1886, à 3 heures du soir,

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Alfred JARRASSÉ

Avocat à la Cour d'Appel

POITIERS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE L'OUEST

BLAIS, ROY & Cie

7, RUE VICTOR-HUGO, ET RUE DES HAUTES-TREILLES, 13

1886

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DES ÉDILES

ET DE LEUR ROLE

DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PRIVÉ

DE LA SUBSTANCE

ET

DES EFFETS DES CONVENTIONS

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Et soutenue le vendredi 2 Juillet 1886, à 3 heures du soir,

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Alfred JARRASSÉ

Avocat à la Cour d'Appel

POITIERS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE L'OUEST

BLAIS, ROY & C^ie^

7, RUE VICTOR-HUGO, ET RUE DES HAUTES-TREILLES, 13

1886

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS.

MM. THÉZARD (A. ✪), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✠ I. ✪), *Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I. ✪), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I. ✪), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A. ✪), *professeur de droit criminel.*

PARENTEAU DUBEUGNON (A. ✪), *professeur de procédure civile.*

ARTHUYS (A. ✪), *professeur de droit commercial.*

BONNET (A. ✪), *professeur de droit romain.*

PETIT (A. ✪), *professeur de droit romain.*

BARRILLEAU (A. ✪), *professeur de droit administratif.*

BRISSONNET, *agrégé, chargé du cours d'histoire du droit.*

SURVILLE, *agrégé, chargé du cours de droit international privé.*

M. COULON (I. ✪), *secrétaire agent comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT, M. ARNAULT DE LA MENARDIÈRE, professeur.

SUFFRAGANTS : MM. ARTHUYS, professeur.
PETIT, professeur.
SURVILLE, agrégé.

MEIS

DES ÉDILES ET DE LEUR ROLE

DANS LE DÉVELOPPEMENT

DU DROIT PRIVÉ

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉDILE ET SES ATTRIBUTIONS

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES ET CARACTÈRE DE L'ÉDILITÉ.

1. L'institution de l'édilité accompagne l'une des évolutions qui modifièrent, à certaines reprises, l'organisation de la société romaine. Elle fut la conséquence des progrès accomplis par la plèbe, soulevée contre les *gentes* patriciennes.

En l'année 260, la situation des plébéiens se trouvait être véritablement déplorable ; écrasés par les impôts dont étaient grevés leurs biens, tandis que les *bona publica*, part des patriciens, échappaient à toute redevance, ils se voyaient en outre privés par les nécessités du service militaire des ressources que pouvait leur procurer la culture de leurs champs. De là l'obligation de recourir à

des emprunts ruineux, à la suite desquels ils se trouvaient criblés de dettes, rendues plus onéreuses encore par les excès non reprimés de l'usure et l'impitoyable sévérité des lois contre les emprunteurs.

Or, dans de telles circonstances, il suffit d'une étincelle pour mettre le feu aux poudres, d'un incident pour provoquer une révolution.

Un ancien centurion, fort maltraité par un débiteur brutal, s'échappe de la maison où celui-ci le retenait prisonnier et vient montrer à la foule son corps couvert de blessures. Cette vue porte au comble l'exaspération des plébéiens, qui se retirent en masse sur le mont Aventin et refusent de rentrer dans Rome. L'existence même de la cité se trouvait ainsi compromise. Aussi les patriciens sont-ils forcés d'en arriver à des concessions : on fait aux plébéiens remise de leurs dettes, et l'on assure leur situation à venir en leur accordant de sérieuses garanties.

De même que les patriciens avaient leurs magistrats, les consuls, de même les plébéiens voulurent avoir les leurs. A cet effet, on institua le tribunat. Les tribuns de la plèbe étaient des magistrats inviolables, caractère qui appartint à toutes les magistratures plébéiennes; ils avaient le pouvoir d'*intercedere* ou d'opposer le *veto*. A titre d'auxiliaires, on leur adjoignit deux édiles également plébéiens, création qui sans doute fut comme la première garantie par les *leges sacræ*. (Cicéron, *de Rep.*, livre II, § 34. — Frag. 2, § 20. Dig. *de orig. jur.*)

2. Les édiles étaient alors au nombre de deux, et choisis, ainsi que nous venons de le dire, parmi les plébéiens; leurs attributions étaient assez restreintes et aucune, à l'origine du moins, n'était à proprement parler relative au droit privé. Elles consistaient principalement

dans la garde des édifices où étaient conservés les plébiscites. Or ces documents législatifs étaient déposés dans le temple de Cérès, *ædes Cereris*, et l'on prétend même tirer de là l'étymologie du mot « *ædilis* ». Festus (v° *ædilis*) nous en fournit une différente et soutient qu'on nomma ce magistrat *ædilis*, parce qu'il était d'un abord facile, de « *adire* ». (Tite-Live, III, 5, *contrà :* Dionys. VI, 90.)

Mais, en outre de leurs fonctions personnelles, les édiles étaient encore les auxiliaires des tribuns. Aussi étaient-ils chargés à ce titre d'exécuter leurs décisions, ce qui constituait l'« *auxilium* » et la « *prensio* ». (Dionys. VII, 26.)

3. Grâce à sa nature même, le tribunat était destiné à prendre une grande extension, et c'est à la faveur de ce développement que nous voyons les tribuns déléguer accidentellement d'abord, puis habituellement, une partie de leurs fonctions à leurs auxiliaires. Dès lors ceux-ci commencent à jouer un rôle en matière de droit privé. C'est en effet comme délégués des tribuns qu'ils exercèrent à l'origine une surveillance active sur les marchés publics. Bientôt, et par voie de conséquence, on y joignit une certaine juridiction en ce qui touche les transactions dont ces marchés étaient le théâtre. Cette juridiction, mal connue d'ailleurs, était sans doute fort restreinte. Trois points semblent pourtant ne pouvoir être contestés : c'est en premier lieu qu'elle ne s'exerçait qu'entre plébéiens, puisqu'elle ne comprenait pas, à cette époque du moins, le droit de faire un édit « *jus edicendi* », enfin que les édiles plébéiens n'avaient pas l'« *imperium* », mais seulement la « *potestas* », droit beaucoup moins étendu. (Théophil., *Instit.*, I. 1.)

Bien qu'il ne soit pas douteux que les édiles plébéiens

n'ont pas exercé à l'origine le *jus edicendi*, on controverse la question de savoir s'ils ne l'ont pas partagé plus tard avec les édiles patriciens. Certains auteurs, considérant ce droit comme un attribut nécessaire de la *jurisdictio*, ont décidé qu'il devait avoir appartenu aux uns comme aux autres. On a soutenu, dans une opinion opposée, que le *jus edicendi* avait été l'apanage exclusif des édiles curules. Nous ne saurions encore prendre parti dans cette difficulté, et il nous suffit de l'indiquer ici et d'en renvoyer l'examen à plus tard.

4. A cette époque, les édiles étaient élus par l'assemblée de la plèbe réunie sous la présidence d'un tribun. Ces derniers magistrats avaient toujours en fait exercé le *jus concionis*, qui ne leur appartenait pas en droit. Il ne fut organisé légalement qu'en 471 avant Jésus-Christ, sur la *rogatio* du tribun Publius Volero. L'élection des édiles se faisait alors sans que les auspices eussent été consultés, ce droit n'appartenant qu'aux magistrats patriciens et ceux-ci ne prenant aucune part à l'élection.

5. Telle est, à l'origine, la situation de l'édilité ; tout en conservant un rôle encore subalterne, cette magistrature parvint assez vite à échapper à l'action dominante des tribuns. Au surplus, une double influence contribuait-elle déjà à leur faire acquérir l'indépendance. L'importance toujours croissante des fonctions tribunitiennes, et leur caractère, qui tendait chaque jour à s'accentuer dans le sens politique, obligeaient les magistrats du peuple à se décharger de leurs occupations d'ordre différent au profit de leurs auxiliaires. D'un autre côté, les édiles se trouvaient directement soumis à l'*auctoritas* du sénat, qui leur déléguait des fonctions absolument étrangères aux attributions des tribuns.

A la première cause, ils durent le *jus mulctæ dictionis*, ou droit de prononcer des amendes à raison des infractions commises sur les marchés publics et dans les transactions qui s'y accomplissaient. Cette juridiction était restreinte aux affaires de moindre importance ; pour les causes les plus graves, la condamnation était prononcée par l'assemblée du peuple, mais c'était aux édiles qu'appartenait le droit de se porter accusateurs, et c'est ainsi que leur fut attribué le *jus concionis*, complément indispensable de cette dernière fonction. (Tite-Live, III, 31.)

A la seconde cause, on peut rapporter la garde des sénatus-consultes (Tite-Live, II, 55), la mission de conserver les archives des centuries, et, sauf controverse, le droit de faire graver sur des tables et d'exposer dans le forum les lois décemvirales ; nous devons, en effet, faire remarquer que certains auteurs font de cette dernière fonction une attribution des consuls. On peut encore en relever un grand nombre sur lesquelles nous ne pouvons insister, et qui donnaient à l'édilité le caractère, un peu indéterminé, de toutes les magistratures romaines.

6. Mais nous pouvons, dès à présent, constater que l'intervention du Sénat devait tant soit peu modifier le caractère primitif de l'édilité. Créés par les *leges sacræ*, et par suite magistrats essentiellement plébéiens, les édiles étaient revêtus d'un caractère spécial : ils étaient *sacrosancti*, inviolables, et celui qui ne respectait pas leur personne devait être puni de mort. (Festus, v° *sacrosanctum*.) Or, du jour où ils eurent acquis des attributions distinctes de celles des autres magistrats plébéiens, on commença à leur contester ce caractère. C'est pour ce motif qu'il leur fut officiellement maintenu par une loi, sur la proposition du consul Horatius. (Tite-Live, III, 57.)

7. En l'année 388, on créa de nouveaux édiles qui, cette fois, furent pris parmi les patriciens : « *duos viros œdiles ex patribus.* » A cette époque se produisait un mouvement politique, dont cette modification de l'édilité fut sans doute le contre-coup, La loi Licinia avait ouvert le consulat aux plébéiens, et, pour diminuer autant que possible, l'étendue de cette concession, les patriciens avaient démembré la première magistrature de la République, en la privant de ses attributions judiciaires. C'est à cette occasion qu'ils créèrent la préture, en s'en réservant exclusivement l'exercice.

Or, il est à croire que l'institution de deux édiles patriciens fut aussi considérée comme un moyen de contrebalancer l'extension menaçante des magistratures plébéiennes ; et il semble très vraisemblable de décider que le motif invoqué par Tite-Live, et généralement reproduit par les auteurs, fut, en réalité, un prétexte ou tout au plus une occasion saisie avec empressement par les patriciens. L'historien (VI, 42) nous raconte, en effet, que, pour fêter l'admission de plébéiens au consulat, on proposa de célébrer des jeux solennels, et de le faire avec une magnificence toute spéciale. Or, les édiles comptaient déjà au nombre de leurs attributions la très onéreuse mission de présider à l'organisation des jeux publics. Les deux plébéiens auxquels revenait alors cette charge, effrayés des dépenses considérables qu'elle devait entraîner, refusèrent de s'y soumettre. On ne pouvait passer outre, car ils n'étaient astreints à donner des jeux qu'une fois durant leur magistrature.

Alors de jeunes patriciens offrirent de se charger de toutes les dépenses, si on consentait à leur laisser gérer l'édilité. Aussitôt un sénatus-consulte décida qu'on de-

manderait au peuple la création de deux édiles patriciens. C'était encore diminuer les attributions des consuls et les tribuns se répandirent en réclamations bruyantes; mais on leur donna satisfaction, dans une certaine mesure, en décidant qu'on alternerait entre l'édilité patricienne et l'édilité plébéienne, ne nommant jamais des magistrats du même ordre deux années de suite.

8. L'édilité a dès lors acquis son développement complet, et nous pouvons désormais étudier ses caractères. Mais nous devons rappeler tout d'abord que cette magistrature est double, que chaque ordre de magistrats, malgré sa communauté de dénomination et d'attributions, est resté essentiellement distinct de l'autre, et qu'enfin jamais l'édilité plébéienne ne put élever ceux qui en étaient revêtus au niveau de leurs collègues patriciens.

Pour avoir une idée exacte du rang occupé dans la hiérarchie romaine par l'une et l'autre édilités, il convient de connaître les classifications établies en ce qui touche les différentes magistratures. Nous allons, tout d'abord, nous appliquer à les déterminer.

Le magistrat est celui qui a reçu de l'élection populaire une partie de la puissance publique, à l'effet de l'exercer gratuitement pendant un temps déterminé.

9. Les magistratures, qui toutes avaient été patriciennes à l'origine, devinrent par la suite patriciennes ou plébéiennes. Or, cette division se manifestait non seulement par le choix du magistrat dans l'une ou l'autre classe, mais encore par le mode même de l'élection; celle d'un magistrat patricien se faisait dans l'assemblée du peuple après qu'on avait consulté les auspices, *auspicatò;* celle d'un magistrat plébéien avait lieu dans les *comitia tributa*, sans solennité préalable, *inauspicatò*.

On distinguait, en outre, les magistrats en *majores* ou *minores*, suivant le degré de leurs fonctions, en *curules* ou *non curules*, suivant leurs insignes, et enfin en *magistratus cum imperio* ou *magistratus sine imperio*, suivant l'étendue de leurs pouvoirs.

Il n'est pas difficile de faire rentrer l'édilité plébéienne dans cette classification. Nous savons en effet tout d'abord que ces édiles étaient élus *inauspicatò* par les *comitia tributa*, sous la présidence d'un tribun. Ces particularités tiennent au caractère essentiellement plébéien de cette magistrature.

Ils étaient aussi des magistrats *non curules;* ils ne siégeaient point sur la chaise à pieds courbes qui avait reçu le nom de *sella curulis*, mais ils n'avaient qu'un simple *subsellium*, sorte de banc sur lequel on se plaçait seul ou à deux ; en outre, ils n'étaient point revêtus de la robe prétexte. (Tite-Live, VII, 1. — Cicéron, *In Verrem*, V, 14.) Enfin on les range sans contestation dans la catégorie des magistrats *minores* et *sine imperio*.

Les édiles de la seconde catégorie sont des magistrats patriciens, *curules* et *sine imperio*; mais bien qu'ils semblent devoir être comptés au nombre des *minores*, on ne saurait leur faire, d'une façon absolue, l'application de cette classification. Ils ne rentrent à proprement parler ni dans l'un ni dans l'autre terme. Si l'on peut dire que vis-à-vis du consul, du censeur, du préteur ils constituent des magistrats *minores*, il n'est pas douteux qu'ils ne revêtent un caractère plus élevé, si on les compare aux questeurs, aux tribuns militaires et à bien d'autres magistrats. Il convient donc, pour être exact, de dire qu'ils occupent un rang intermédiaire entre les *majores* et les *minores*. (Cicéron, *De legib.* 3, 3, 7.)

10. Tels sont les caractères de cette magistrature; nous devons maintenant rechercher à quelles conditions on peut l'exercer.

Ces conditions ont varié suivant les époques, et nous pouvons constater un certain nombre de modifications sur ce point.

11. En ce qui touche l'âge, il paraît certain qu'à l'origine la puberté était la seule condition exigée; mais une loi Villia établit bientôt une règle nouvelle; désormais on ne put exercer une magistrature qu'après avoir satisfait au service militaire, ce qui portait à vingt-sept ans le minimum d'âge exigé pour l'exercice des fonctions publiques. Sylla recula encore cette limite en décidant qu'on ne pourrait être questeur qu'à trente et un ans, ce qui entraînait, comme conséquence, qu'on ne pouvait exercer l'édilité avant trente-cinq ans.

12. Indépendamment des conditions d'âge, on exigeait encore certaines qualités civiles dans la personne; nous ne voulons pas parler de celle de patricien ou de plébéien, mais tout d'abord de celle de citoyen et de citoyen *optimo jure*. Le *civis optimo jure* était ingénu et fils d'ingénu; les affranchis et leurs descendants étaient impitoyablement exclus de l'édilité. Nous devons cependant constater qu'on fit une exception en faveur de Cnæus Flavius, le divulgateur des fastes et des formules des actions de la loi; bien que petits-fils d'affranchi, il géra tout d'abord le tribunat, puis, par une anomalie remarquable, l'édilité curule. Tite-Live (IX, 46) a même prétendu que c'est à la faveur de cette dernière attribution et dans la publication même de son édit que C. Flavius fit connaître les règles dissimulées jusque-là avec tant de soins. Mais cette version a peu de crédit, et il paraît plus vraisemblable

d'attribuer une dérogation aussi exceptionnelle à la reconnaissance du peuple pour celui « *qui cornicum oculos confixerit* ». (Cicéron, *Pro Murena*, 11.—Frag. 2, § 7. Dig. *de orig. jur.*)

C'est aussi pour satisfaire à cette condition qu'on écartait de l'édilité les personnes infâmes, celles qui se trouvaient *sine suffragio* par l'effet d'une condamnation pénale, et enfin ceux qui exerçaient une profession salariée. Le magistrat qui présidait les comices était juge en premier et dernier ressort de l'aptitude du candidat aux fonctions sollicitées.

13. En ce qui touche la qualité de patricien ou de plébéien, elle fut rigoureusement exigée à l'origine suivant qu'il s'agissait d'exercer l'édilité curule ou l'édilité plébéienne. Mais si les patriciens ne purent jamais être édiles de la plèbe, les plébéiens, au contraire, furent admis à l'édilité curule, comme à la préture, après certaines tergiversations.

14. Il y avait enfin certaines incompatibilités résultant du droit commun : on sait qu'il était interdit de gérer deux magistratures dans la même année, au moins deux magistratures de même ordre; d'autre part, avant Sylla, on ne pouvait briguer aucune fonction publique, après l'avoir déjà exercée, si l'on n'avait laissé s'écouler un intervalle de dix années. L'une et l'autre de ces règles apportaient certaines restrictions à la faculté d'être élu.

15. Dans un ordre d'idées différent, certaines autres conditions étaient encore exigées pour l'exercice de l'édilité. C'est ainsi qu'à Rome les différentes magistratures ne pouvaient être gérées que dans un ordre strictement réglé par l'usage. Cet ordre, qui a reçu le nom de *Cursus honorum*, fera l'objet d'une étude spéciale dans notre

chapitre IV; mais nous pouvons dès à présent indiquer quelques principes appliqués en ce qui touche l'édilité. L'édilité plébéienne semble avoir été exigée à l'origine pour parvenir au tribunat, de même que l'édilité curule était le marchepied de la préture; mais cette condition n'a pas toujours été de rigueur. Il s'agissait d'ailleurs d'un usage susceptible de dérogations; mais il en était autrement du principe en vertu duquel on ne pouvait être édile qu'après avoir été questeur.

16. Lorsqu'ils sortaient de charge, les édiles curules avaient droit d'être reçus au Sénat; mais, comme la composition de ce corps était exclusivement réservée aux censeurs, il pouvait arriver qu'ils fussent obligés d'attendre assez longtemps leur admission, aussi leur attribuait-on dans l'intervalle le *jus sententiæ* et pouvaient-ils siéger avec voix simplement consultative. Les édiles plébéiens n'obtinrent pas immédiatement cette pérogative, qui leur fut néanmoins concédée avant de l'être aux tribuns et aux questeurs. Ces derniers ne purent l'obtenir que sous Sylla.

17. Les édiles, comme tous les magistrats, étaient entourés d'un certain nombre d'auxiliaires ou *accensi*. On comptait parmi ces *accensi* une décurie de *scribæ librarii*, sortes de greffiers, dont les fonctions avaient une réelle importance et conduisaient à des attributions d'un ordre plus élevé, comme celles de *præfectus fabrum*, etc...

Les édiles curules, dont le personnel était beaucoup plus nombreux, avaient en outre les *tres viri capitales* et les *quatuorviri viarum curandarum*, qui étaient chargés de transmettre et d'exécuter leurs ordres; mais, comme ils étaient *magistratus sine imperio*, ils n'avaient pas de *lictores*, comme les consuls, ni, comme les préteurs, de

viatores, auxiliaires revêtus d'un caractère public, qu'on pourrait comparer à celui de nos huissiers.

Cependant il paraît démontré qu'à l'origine, du moins quand les premiers édiles plébéiens accomplissaient une mission quelconque en vertu d'une délégation des tribuns, ils pouvaient avoir recours au ministère de *viatores*, au sens officiel du mot.

Les édiles siégeaient au *forum* sur la chaise curule ou le *subsellium*, entourés de leurs *scribæ* et de *præcones*. Ces derniers étaient des crieurs ou hérauts, chargés de convoquer le peuple, de maintenir le silence, de lire les propositions soumises aux votes et d'en proclamer les résultats.

18. L'influence du régime impérial devait se faire sentir plus rapidement en ce qui touche l'édilité que relativement aux autres magistratures. Le caractère politique de cette institution tend à s'effacer de plus en plus et les édiles perdent successivement leurs attributions d'ordre public ou privé.

Après avoir été portés au nombre de six, les édiles virent démembrer les fonctions, qui bientôt devinrent purement honorifiques. On n'en trouve plus de traces à partir de l'année 240 de notre ère.

CHAPITRE II.

DES ATTRIBUTIONS DES ÉDILES.

19. Bien que nous nous proposions principalement d'étudier le rôle des édiles en ce qui touche au droit privé « *quod* » *ad singulorum utilitatem pertinet* » (*Inst.*, l. I, t. 1,

§ 4), nous ne saurions, quant à présent, établir, en étudiant ses attributions, une distinction assez peu nettement faite dans le droit romain. Nous devons donc nous borner à les étudier tout d'abord d'une façon générale, sauf à insister davantage plus tard sur celles qui devaient être l'occasion de leurs créations dans l'ordre privé.

Les magistrats romains n'avaient point, comme les nôtres, des attributions d'une nature particulière et spécialement réservées à chaque fonction. On n'avait point établi de distinction en ce qui touche celles qui sont de droit public et celles qui rentrent dans le droit privé, ou bien encore entre les attributions d'ordre administratif et les attributions d'ordre judiciaire. Ces fonctions comprenaient, tantôt pour le tout, tantôt pour partie, les auspices, le commandement militaire, la juridiction civile, administrative et parfois criminelle, le *jus edicendi*, des attributions religieuses, la présidence des jeux, etc..., le tout réparti entre les magistrats, sans qu'aucun ordre logique vînt présider à cette distribution. Chacun acquérait telle ou telle mission suivant les circonstances et les besoins du moment, puis la conservait pour l'avenir.

20. C'est ainsi que les édiles virent s'accroître leur compétence et l'importance de leurs fonctions.

Jusqu'à Auguste, ils furent au nombre de deux, soit patriciens, soit plébéiens, et nous avons eu l'occasion de dire que, sur la réclamation des tribuns, il avait été décidé, lors de la création de l'édilité curule, qu'on nommerait alternativement, chaque année, un collège de de l'une ou de l'autre classe : « *Ex alternis annis, ex » plebe fierent.* » (Tite-Live, VI, 1.) Cette coutume se maintint jusqu'à 663, époque à laquelle on y commit une première dérogation « *promiscum fuit* ».

A partir de cette époque, on nomma des édiles plébéiens ou des édiles curules sans observer l'ordre antérieurement prescrit; on en vint même à nommer deux colleges en même temps.

Enfin, les empereurs augmentèrent leur nombre, qui fut porté à six. César, en l'année 44, avait créé deux nouveaux édiles.

21. Or, les édiles, dont le nombre s'était ainsi multiplié, n'avaient pas tous les mêmes attributions; l'élection même, à laquelle ils devaient leur dignité, déterminait quelles seraient leurs fonctions et traçait à chacun le rôle qu'il aurait à jouer. Cependant, ce mode de dévolution ne s'appliquait pas en ce qui touche l'une de leurs fonctions les plus importantes, le service de la voirie, à la division duquel on procédait par voie de tirage au sort dans les cinq jours de l'élection.

C'est ce que nous apprend la célèbre loi *Julia municipalis* : « Ædiles *cur*ules, œdiles *plebei quei nunc sunt*, » *queiquomque post hanc legem rog*atam *factei createi* » *erunt*, *eumve magistratum inierint*, *iei in diebus V* » *proxumeis*, *quibus eo mag*istratu *designatei erunt*, » *eumve magistratum inierint*, *inter se paranto aut sor-* » *tiunto*, *qua in partei urbis quisque eorum vias publicas* » *in urbem Romam*, *propiusve urbem Romam passus* » *mille*, *reficiundas*, *sternendas curet*, *ejusque rei procu-* » *rationem habeat.* »

22. Quant aux fonctions en elles-mêmes, un texte de Cicéron, souvent cité (*De leg.* III, 3), les divise en trois catégories : « *Suntoque œdiles curatores urbis*, *annonæ* » *ludorumque solemnium.* » Ces trois sortes d'attributions avaient appartenu aux édiles plébéiens, même avant la création de leurs collègues, les édiles curules. On a vive-

ment controversé la question de savoir si, depuis, les uns et les autres les exerçaient de la même façon et avec la même étendue de pouvoirs. Il nous semble que, s'il existe entre les attributions des édiles patriciens et celles des édiles plébéiens quelques différences incontestables, elles constituent seulement des exceptions. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'en rencontrer quelques-unes.

Nous allons passer rapidement en revue ces attributions en nous attachant à l'énumération de Cicéron, qui est conçue dans l'ordre chronologique de leur acquisition.

SECTION I.

CURA URBIS.

23. Sous ce chef, on peut faire rentrer un certain nombre d'attributions se rattachant à l'utilité générale, en ce qui touche l'état matériel de la cité. Par voie d'extension, on y rattacha ce qui a trait au bon ordre et à la morale publique.

24. Nous avons eu à constater plus haut que les édiles avaient été tout d'abord chargés de la garde des temples et des monuments où étaient déposés certains actes législatifs. Cette attribution prit bientôt un caractère plus étendu, et nous voyons les édiles chargés de la surveillance et de l'entretien des édifices publics. Il est probable que les édiles plébéiens n'exerçaient leur mission qu'en ce qui touche les édifices plébéiens et les édiles curules, les édifices patriciens. Quoi qu'il en soit, les uns et les autres ne jouissaient en cette matière d'aucune initiative. Les consuls et les censeurs pouvaient seuls décider quels bâtiments seraient construits et approuver les plans, qui, du reste, pouvaient être proposés par les édiles ; mais c'était

à ces derniers que revenait la mission de surveiller ces édifices et d'en assurer la conservation en faisant faire les réparations d'entretien et exécuter les travaux ordonnés par les consuls et les censeurs, sinon lorsqu'il y avait lieu à ce que nous appelons de grosses réparations, du moins quand des reconstructions totales ou partielles devenaient nécessaires.

Les édiles n'avaient pas seulement pour mission de surveiller l'état des édifices publics, ils avaient encore une certaine compétence relativement aux constructions, qui étaient dans le domaine des particuliers. Ce n'était d'ailleurs qu'un accessoire de leurs fonctions en matière de voirie urbaine. Chargés de la conservation de la voie publique, ils devaient nécessairement avoir la faculté d'empêcher tout fait qui pouvait porter atteinte à son intégrité : voilà pourquoi nous les voyons intervenir dans les questions d'alignement, réprimer les empiétements, faire détruire les bâtiments ruinés, qui menacent de s'écrouler sur les passants. (Frag. 1, § 1. Dig. *de via publica*, *XLIII*, *10*.) Cette dernière attribution n'est pas relative au droit privé et ne donne aux édiles aucune compétence, en ce qui a trait à la *cautio damni infecti* par exemple.

25. Bien qu'il n'appartînt pas aux édiles de décider en quel lieu des rues devaient être ouvertes et de régler, par leur initiative personnelle, l'agencement des quartiers, ils jouissaient néanmoins d'une importante mission en matière de voirie urbaine et même de voirie rurale dans une certaine mesure « *propiusve urbem Romam passus mille.* »

L'exécution des travaux arrêtés par les fonctionnaires compétents et l'entretien des voies existantes étaient mis à leur charge par voie de tirage au sort. On sait qu'à Rome c'étaient les riverains qui devaient faire les frais

d'établissement des rues ; chaque propriétaire était tenu de contribuer, pour une part proportionnée à la longueur de la façade de sa maison, à la moitié des dépenses occasionnées par le tronçon de rue qui côtoyait son immeuble ; l'*ærarium* faisait les frais de ceux qui étaient adjacents à des édifices publics. Si le propriétaire mettait de la mauvaise volonté à payer ce dont il était débiteur de ce chef, le locataire pouvait faire l'avance des frais, sauf à les imputer sur ses loyers, et, en dehors de cette hypothèse, le propriétaire pouvait être poursuivi et contraint de payer par voie d'autorité.

Les attributions des édiles en cette matière sont fort étendues, d'après ce que nous révèle le chapitre deuxième de la loi *Julia municipalis*.

Mais ces magistrats semblent avoir eu une initiative complète en ce qui concerne la construction des ponts ; c'est ce que nous apprend Papinien dans son ouvrage sur les attributions des édiles, dont un fragment a été conservé dans le Digeste au titre *De via publica et si quid in ea factum esse dicatur*. (Liv. XLIII, tit. 10.)

26. Papinien nous apprend également que les édiles ne devaient pas se borner à l'entretien matériel de la rue ; ils avaient encore à prendre les mesures nécessaires pour assurer la liberté de la circulation et la sécurité des passants. Ils jouissaient à cet égard de la *potestas*, faculté de donner des ordres et de les faire exécuter par la force, et, de plus, mission réservée peut-être aux édiles curules, du *jus edicendi*. Enfin, ils avaient sur les questions d'infraction en matière de voirie une juridiction qui rappelle celle de nos tribunaux administratifs et de simple police sur le même point. Nous aurons d'ailleurs à y revenir à propos des quasi-délits édilitiens.

27. Ceci nous amène à parler d'une matière qui nous intéresse davantage, à savoir, des fonctions de police municipale, qui provoquèrent l'intervention des édiles dans des matières de droit privé.

Si nous suivons le développement normal des attributions de ces magistrats, nous nous trouverons obligés de reconnaître qu'on n'en peut critiquer trop sévèrement la diversité. Elles ont été le plus souvent la conséquence les unes des autres, et si nous ne trouvons pas là les distinctions savantes qu'on a établies de nos jours, il faut dire que la réunion de différentes fonctions entre les mains d'un seul magistrat était dictée par des considérations d'utilité, dignes de l'esprit droit et pratique des jurisconsultes romains.

28. C'est précisément à raison de leurs fonctions de voyers que les édiles acquirent l'exercice de la police municipale. Chargés d'abord d'assurer la liberté de la circulation dans les rues, jouissant, par suite, du pouvoir de formuler un édit et de juger les infractions qui pouvaient y être commises, ils en vinrent à exercer une surveillance absolue sur tous les faits qui se passaient sur la voie publique et qui étaient de nature à troubler l'ordre.

Après avoir prohibé dans leur édit les actes qui pouvaient porter atteinte à l'intégrité matérielle de la rue, construction, excavation (Frag. unique, § 2 et 3. Dig. *De via publica et si quid*), après avoir, pour faciliter la circulation, interdit d'y déposer des cadavres d'animaux morts et même d'y tenir attachés des animaux vivants d'espèces dangereuses, d'y faire stationner ou même circuler certains véhicules à des heures déterminées, ils en vinrent, par voies de conséquences logiques, à réglementer les funérailles, à surveiller les bains, les tavernes, les réunions

publiques, à rechercher les voleurs, les empoisonneurs et les magiciens, enfin, tout particulièrement, à réglementer les transactions accomplies dans les marchés, et cela en ce qui touche les intérêts privés.

29. Ces marchés publics se tenaient à des époques régulières dans les rues et sur les places. On y vendait des esclaves, des bêtes de somme et des denrées; ils étaient fort recherchés des propriétaires et des cultivateurs, qui trouvaient à y écouler avantageusement les produits de leurs terres et à acquérir ce qui était nécessaire à leur culture. Aussi avaient-ils pris une importance et un développement qui exigea bientôt l'intervention des édiles, non pas seulement pour assurer le bon ordre, mais encore pour juger et régler les contestations qui s'élevaient en grand nombre. La fraude n'était pas rare de la part des vendeurs, et les marchands d'esclaves avaient des procédés de vente que ne désavoueraient pas nos marchands de chevaux, si l'on en croit le témoignage des auteurs latins. L'édile prit en conséquence des précautions de nature à protéger les acheteurs et s'en réserva la sanction, soit civile, soit pénale.

Il fut chargé de vérifier l'exactitude des poids et mesures et de faire détruire ceux qui pouvaient devenir un instrument de fraude. (Frag. 13, § 8, *locati conducti.*)

Il put réprimer la vente des marchandises avariées et même faire bâtonner le vendeur, s'il s'agissait de denrées nécessaires à l'alimentation, mesure qui, de nos jours peut-être, ne serait pas dépourvue de quelque opportunité. (Frag. 12. Dig. *De decurionibus et filiis eorum*, L. 2.)

30. Le commerce de l'argent monnayé avait reçu à Rome un certain développement; il fut même exercé par

les patriciens, mais ce ne fut pas là un obstacle à l'usure; elle devint même si peu retenue que la sûreté publique exigea des mesures répressives dont les édiles furent encore chargés. (Tite-Live, VII, 28; X, 23.)

31. Mais avec cette attribution nous sortons de ce qui est à proprement parler la police municipale, pour entrer dans un genre voisin. On y peut comprendre la recherche, l'instruction et la poursuite des crimes les plus graves. Cette mission qui, tout d'abord, avait appartenu exclusivement aux *quæstores paricidii,* revint peu à peu aux édiles, qui la conservèrent nonobstant la création des *triumviri capitales*. Ces derniers ne furent d'ailleurs que leurs auxiliaires, comme les *quatuorviri viarum curandarum* et les *duumviri viis extra urbem purgandis*, qu'on leur adjoignit dans leurs fonctions relatives à la voirie, à partir du VI^e^ siècle. (*Lex Julia municipalis*, cap. II.)

D'ailleurs, en ce qui touche les procès criminels, ils n'avaient pas un droit de juridiction étendu ; les crimes les plus graves étaient portés par eux devant les *comitia tributa* ou devant les consuls. (Frag. uniq. § 4 et 5. Dig. *De via pub. et si quid.* — Tite-Live VII, 28 ; VIII, 22 ; X, 23-31). C'est à cette attribution qu'ils doivent sans doute le *jus concionis*. Les édiles perdirent progressivement leurs fonctions en matière criminelle lors de l'institution des *quæstiones perpetuæ*.

32. Ce n'est pas seulement aux matières pénales proprement dites que s'étendit le rôle répressif de l'édilité. Ces magistrats eurent encore certaines attributions en ce qui regarde la morale publique et les bonnes mœurs, ainsi que, à certains points de vue, relativement aux institutions religieuses.

Ces fonctions appartenaient, en principe, aux censeurs,

mais les édiles n'y restaient point étrangers. Ils étaient appelés à remplacer ces magistrats dans les périodes d'inactivité qui séparaient les recensements quinquennaux.

D'ailleurs, en cette matière, ils ne créaient rien et ne faisaient qu'exécuter les lois existantes. Tite-Live (IV, 30 ; XXV, 1) nous apprend qu'ils avaient pour mission de s'opposer à l'introduction des cultes étrangers, qui étaient considérés comme devant porter atteinte à la religion de l'État. Ils avaient la surveillance des jeux de hasard, la répression des actes faits en violation des lois agraires ou somptuaires. (Tacite, *Annales*, III, 52, 55.)

Au point de vue de la police des mœurs, les attributions étaient fort étendues ; ils devaient réprimer les unions illicites, comme le *struprum* commis avec une *materfamilias* ; ils avaint même à exercer une certaine surveillance sur les prostituées. Tacite (*Annales*, II, 85) nous rapporte que, dans l'année qui suivit la mort de Germanicus, le sénat dut rendre des décrets sévères contre la prostitution, à l'occasion des débordements de Vistillia, fille de famille prétorienne ; à cette occasion, il nous apprend que c'était aux édiles que revenait la mission de recevoir la déclaration préalable à l'exercice de cette profession infâme.

SECTION II.

CURA ANNONÆ.

33. C'est probablement au v^e^ siècle que les édiles reçurent la charge d'assurer le service des subsistances dans Rome, par l'achat des blés et leur distribution à bas prix. Sans doute, leurs fonctions de gardiens du temple de

Cérès, devant lequel se faisaient les distributions gratuites de pain aux indigents, ne furent pas étrangères à cette nouvelle attribution.

Les quatre édiles exerçaient ensemble cette fonction, dont le développement devint tel qu'en 710 César dut en créer deux nouveaux, les *ædiles cereales*. Ils avaient, en effet, à procéder à l'achat des blés, venus d'Asie le plus souvent. Ils devaient ensuite les faire emmagasiner dans les greniers publics, puis, en réglementer le prix au taux le plus faible possible, afin d'assurer l'existence des citoyens les plus pauvres. Cette institution, sagement comprise, fait honneur à la société romaine.

Les attributions des édiles en cette matière rayonnaient encore sur tout le commerce des subsistances. Il n'eut pas été suffisant d'assurer du pain au peuple ; pour que l'œuvre fût complète, il fallait encore que l'édile veillât à l'introduction et à la vente des vivres, même en ce qui touche au négoce des particuliers, il fallait établir une taxe équitable, appliquée aux denrées de première nécessité.

En outre, les édiles intervenaient à un autre point de vue déjà indiqué dans les transactions relatives aux subsistances.

SECTION III.

CURA LUDORUM SOLEMNIUM.

34. L'administration des jeux publics et leur organisation sont l'une des attributions des édiles qui étaient les plus recherchées, bien qu'elle fût aussi des plus onéreuses et nécessitât, de la part des fonctionnaires, des mises de fonds considérables. Officiellement, les dépenses devaient

être acquittées par le Trésor, qui mettait une certaine somme à la disposition des édiles ; mais cette somme était généralement insuffisante, et ils se trouvaient obligés de puiser largement dans leurs caisses personnelles pour combler un déficit qu'ils ne craignaient nullement d'augmenter.

L'édilité était, en effet, une des premières étapes sur le chemin des honneurs et l'un des moyens d'acquérir la faveur populaire, à laquelle l'ambition ne mettait pas de prix. Aussi les jeux étaient-ils toujours d'une magnificence et d'un luxe qui rendaient le peuple assez difficile sur ce genre de plaisirs.

Les jeux étaient de deux sortes, selon qu'ils avaient été organisés par les édiles curules ou les édiles plébéiens. Les premiers recevaient le nom de *ludi romani* ou *megalenses ;* les seconds étaient les *ludi plebei.* Nous retrouvons là une distinction établie entre les attributions des deux classes d'édilité.

On conçoit quel antagonisme devait naître de là ; il se manifestait non seulement dans le luxe déployé par les édiles à l'occasion des jeux obligatoires, mais encore par la célébration de fêtes supplémentaires, dues uniquement à l'initiative et à la générosité, en somme peu désintéressée, de ces magistrats.

Notons, d'ailleurs, que le droit de célébrer des jeux n'était pas exclusivement réservé à l'édilité. Tout citoyen, si ses moyens le lui permettaient, jouissait de la faculté d'offrir au peuple des plaisirs qui pouvaient devenir l'instrument de son crédit et de sa fortune. Mais, dans ce cas, les édiles ne devaient pas s'en désintéresser et conservaient une mission de surveillance, justifiée par la nature même de leurs attributions.

35. Bien qu'organisateurs, administrateurs et surveillants des réjouissances publiques, les édiles n'en avaient jamais la présidence, qui était réservée à un magistrat d'un rang plus élevé dans l'ordre patricien ou plébéien, suivant la nature des jeux célébrés.

36. Après avoir été à Rome l'attribut d'un magistrat unique, du premier, qu'il s'agît du roi ou du consul, la *jurisdictio* fut successivement concédée à d'autres magistrats. Nous devons constater tout d'abord qu'on attribua aux tribuns la connaissance des litiges nés à l'occasion des contrats faits par les plébéiens dans les marchés publics. Or, les premiers édiles participèrent, par voie de délégation, à ce pouvoir dont ils conservèrent bientôt la jouissance exclusive.

Au surplus, la pratique en étendit encore l'application en concurrence avec les attributions du préteur, qui constitua, dès l'origine, la juridiction ordinaire. Par contre, le tribunal des édiles fut toujours un tribunal d'exception. (Frag. 2, § 34, D. *De orig. jur.*)

Cette juridiction des édiles ne tire pas seulement son origine de la délégation du pouvoir des tribuns; elle est encore due aux décisions du Sénat. Cette assemblée contribua à la développer, surtout en matière pénale.

37. On peut, en effet, reconnaître aux édiles deux ordres de juridictions distinctes : l'une en matière criminelle, l'autre en matière civile.

38. Au premier point de vue, ils avaient le droit de punir par des amendes les infractions aux prescriptions émanant de leur autorité ou à celles dont ils devaient assurer l'observation. C'est ce qu'on a appelé le *jus mulctæ dictionis.*

Leur compétence était, d'ailleurs, limitée suivant un

taux qui fut assez souvent modifié. Il régnait en cette matière un arbitraire tel, que des limitations devaient être fréquemment renouvelées. Tacite (*Annales*, XIII, 28) nous rapporte que, sous le règne de Néron, le Sénat prit une décision pour empêcher les excès de pouvoir des magistrats, et qu'à cette occasion on limita non seulement le taux de l'amende que les édiles pouvaient prononcer, mais encore celui de la somme qu'ils pourraient faire consigner, à titre de *pignus*, par les citoyens dûment appelés devant eux et n'ayant pas répondu à la citation.

Si l'édile se trouvait en présence d'une infraction punie d'une amende d'un taux supérieur à celui de sa compétence ou d'une peine corporelle, il devait soumettre l'affaire à l'assemblée du peuple par voie de *provocatio*. Alors, après avoir rempli les fonctions de juge instructeur, il exerçait celle d'accusateur, et pour ces dernières sa compétence était illimitée.

Le passage de Tacite, que nous avons cité, nous apprend aussi que ce taux de compétence variait suivant que l'amende était prononcée par les édiles patriciens ou les édiles plébéiens, autre différence que nous constatons en passant dans les attributions de ces deux magistratures.

Le produit des amendes prononcées par les édiles était versé dans une caisse spéciale et employé soit à la réfection des édifices publics, soit aux dépenses des jeux solennels.

39. La loi *Calpurnia repetundarum* (605, U. C.) inaugura la série des *quæstiones perpetuæ* et porta la première atteinte à la juridiction criminelle des édiles. Elle se renouvela bientôt par de nouvelles lois qui en opérèrent des démembrements successifs : la loi *Maria de ambitu*, en 635; la loi *Apuleia majestatis*, en 652; la loi *Luctacia*

de vi, en 659, etc.... Ces lois soumettaient les infractions qualifiées à la juridiction des consuls, des préteurs et surtout de *quæstores* particuliers, suivant leur nature.

40. Au point de vue civil, la compétence des édiles n'était pas moins importante. Tout d'abord, ils connaissaient des actions nées du *damnum injuria datum*, quand le dommage avait été causé sur la voie publique, dans les conditions prévues par l'édit. (Frag. 40, § 1 et frag. 42. Dig. *De æd. edict.*). En outre, ils avaient, en ce qui touche les marchés publics, une juridiction étendue, qui fit d'eux les véritables juges consulaires de Rome, et donna lieu, de leur part, à la confection d'un édit, qui est un véritable Code de commerce. La deuxième partie de cette étude devant y être exclusivement consacrée, nous nous abstiendrons d'insister davantage quant à présent.

41. Avec le temps, les édiles virent diminuer le nombre et l'importance de leurs attributions. La réorganisation administrative, entreprise par Auguste, non seulement en ce qui concerne les municipes, mais encore pour Rome elle-même, avait déjà singulièrement restreint leurs fonctions. Avec les institutions nouvelles, ils perdent une grande partie de leur juridiction, qui passe au préteur. Déjà amoindrie par l'institution des *quæstiones perpetuæ*, elle est restreinte, sous Auguste, au *jus mulctæ dictionis*.

Bientôt nous voyons apparaître un *præfectus annonæ*, puis un *præfectus vigilum*, qui les privent de toute une catégorie de leurs attributions. Ils conservent néanmoins la *cura urbis* jusqu'à Alexandre Sévère, mais en la partageant avec les consuls, les tribuns et les *magistri vicorum*.

Quand la *cura ludorum* fut attribuée aux préteurs, ce

fut le dernier coup porté à l'édilité; personne ne voulut plus entendre parler de ces fonctions, qui ne compensaient par aucun avantage des charges encore assez considérables.

L'édile conservait toujours, en effet, la surveillance de la voirie urbaine, des lieux publics, bains, tavernes, maisons de jeux et de prostitution. Les empereurs furent dans la nécessité, à défaut de candidats, d'imposer ces fonctions aux anciens questeurs ou tribuns qui, sans doute, les acceptèrent d'assez mauvaise grâce.

L'édilité devait bientôt disparaître, et c'est sous le règne de Gordien (238-244 après J.-C.) qu'on trouve la mention la plus récente de cette magistrature; il s'agit d'une inscription parlant des *ædiles cereales*, dernier souvenir d'une magistrature disparue.

CHAPITRE III.

DE L'ÉDILITÉ HORS DE ROME.

42. Rome avait divisé en provinces tous les pays conquis dont elle était entourée et sur lesquels portait son autorité. Directement soumises à sa puissance, ces provinces étaient administrées, sous la République, par un préteur, nommé par les comices, puis, plus tard, par un gouverneur ou *præses*, qui jouissait de pouvoirs fort étendus. Les fonctions des édiles romains étaient remplies par les questeurs, dans les cités directement soumises au pouvoir central. (Gaïus, C. I, § 6.)

Les attributions de ces magistrats étaient réglées par la *formula provinciæ*, document législatif spécial à chaque

province ; mais elles se trouvaient limitées, quant à la compétence locale, par l'existence de colonies, de municipes et de préfectures. Nous passons sous silence les cités italiques et les villes alliées, qui, en théorie du moins, échappent à l'intervention du législateur romain.

43. Nous n'avons à étudier ces trois catégories de cités qu'au point de vue purement administratif, mais nous devons donner quelques détails sur leur organisation, pour éclairer un peu le rôle des édiles provinciaux, rôle assez difficile à déterminer.

44. Les colonies étaient les boulevards de Rome ; cités amies, elles étaient instituées par une loi ou un sénatus-consulte, et peuplées de citoyens ou de défenseurs de la ville, formant ainsi des postes avancés, garanties d'une conquête accomplie ou gages d'une conquête future.

Ces colonies peuvent se diviser en deux catégories. Il y a d'abord les colonies romaines, *coloniæ togatæ;* leur organisation rappelle à peu de choses près celle de la mère-cité et Rome leur donne la Curie, qui remplace son Sénat, les *duumviri,* qui deviendront ses consuls, et aussi des édiles, qui ont des fonctions analogues à celles des édiles romains.

Elles reçoivent en général le droit de cité dans toute son étendue pour ce qui est relatif au droit privé, mais non en ce qui touche au droit public, et notamment elles sont privées du *jus suffragii et honorum.*

En second lieu, viennent les colonies latines, qui sont établies par les généraux et les consuls suivant les nécessités du moment et dont l'organisation est moins parfaite que celle des précédentes.

On appelait aussi colonies latines certains établisse-

ments fondés par les cités libres de l'Italie, mais nous n'avons point à en parler ici.

45. A côté de ces colonies dépendant absolument de Rome, soumises à son autorité et à sa législation, nous trouvons des villes organisées d'une façon plus indépendante et conservant, suivant les circonstances, une autonomie relative, ce sont les municipes. Il est impossible d'indiquer d'une façon absolue quelle en a été l'organisation administrative, à l'origine du moins. Il semble, en effet, qu'ils devaient conserver leurs lois nationales, lesquelles étaient évidemment assez diverses. Mais comme cette faveur résultait seulement d'un privilège expressément accordé, il est probable que certaines restrictions y étaient apportées et qu'on vit promptement se manifester la tendance à l'unification.

46. Nous allons d'ailleurs revenir plus en détail sur les municipes ; mais nous devons tout d'abord dire un mot de la troisième catégorie de villes que nous avons annoncée, les préfectures. Les préfectures sont des colonies ou des municipes dans lesquels Rome a envoyé un magistrat, chargé de la juridiction et appelé préfet. Sa mission pouvait être perpétuelle ou temporaire ; parfois, il était envoyé pour faire cesser des dissensions momentanées. (Tite-Live, IX, 20.)

47. Auguste modifia sans doute cette organisation variée et établit des règles uniformes pour les colonies, les municipes et les préfectures. En 1732, on découvrit à Héraclée des fragments d'une table d'airain, sur lesquels était gravé un plébiscite relatif à l'administration municipale d'Italie. Cette table, dite *Tabula heracleensis*, à laquelle nous avons renvoyé déjà plusieurs fois, doit porter un passage assez considérable d'une loi *Julia municipalis*

(709, U. C.), dans laquelle Auguste unifie le régime municipal. C'est ce qu'a démontré M. de Savigny dans *Zeitschrift für geschichtlische Rechtwissenchaft* (t. IX, n° 11, p. 300-378). C'est sous l'empire de cette loi que nous devons étudier le rôle des édiles dans l'organisation municipale.

Cette organisation comprend trois rouages : une curie, des comices et des magistrats.

De la curie nous n'avons rien à dire ; elle constituait le Sénat de la ville municipale et l'on sait à quelles conditions onéreuses on pouvait en faire partie. Nous devons cependant faire remarquer qu'à partir de Domitien la curie joua un rôle intéressant pour nous. La loi de Malacca (Orelli, 3701) nous apprend qu'à cette époque les édiles furent élus par elle, sur la présentation de leurs prédécesseurs.

Sous l'empire de la loi Julia, cette élection se faisait par les comices de la cité.

48. Les conditions exigées pour parvenir à l'édilité municipale étaient au nombre de quatre. Il fallait tout d'abord jouir de la qualité d'ingénu, en second lieu, avoir satisfait au service militaire, puis n'être pas atteint par une des causes d'indignité prévues ; jusqu'ici, nous ne trouvons que les conditions requises pour les édiles romains, mais on en ajoutait une autre, il fallait encore avoir une certaine fortune. Cette condition était requise à cause de la nature même des charges qui pesaient sur ces fonctions ; il n'était d'ailleurs nullement question de garantie ou de cautionnement, les édiles municipaux n'ayant qu'un maniement de fonds assez restreint.

Ces magistrats étaient élus pour une année comme à Rome et entraient en fonctions le premier janvier.

49. Bien que la loi Julia eût pour but d'unifier le régime municipal, elle n'en laissait pas moins subsister une certaine variété dans l'organisation de chaque catégorie de cités. De là les difficultés qu'on éprouve à déterminer d'une façon précise les fonctions des édiles municipaux. Ces difficultés mêmes dérivent d'une façon toute particulière de l'emploi peu uniforme qu'on faisait de la qualification d'édile et du rang qu'on leur attribuait dans la hiérarchie municipale.

On trouve en effet tantôt deux édiles occupant le premier rang parmi les magistrats de la cité, comme par exemple à Arpinum (Cicér. *Ad famil.*, XIII, 11, 3), tantôt ces magistrats occupant le second rang, comme dans le plus grand nombre des municipes, où on les plaçait après les *duoviri juridicundo* ou préteurs. Le plus souvent on les désignait sous le nom de *quatuorviri*, en y comprenant d'autres magistratures ; et en effet si l'on voulait les désigner plus spécialement on disait « *quatuorviri œdilitiæ potestatis* », expression qui désignait les *deux* édiles de chaque municipe, bien qu'il y fût parlé de quatre personnages. Cependant, nous serions portés à croire que, comme à Rome, on en arriva dans les municipes à créer à la fois deux édiles patriciens et deux édiles plébéiens, ce qui pourrait justifier l'expression de *quatuorviri*.

50. Si nous laissons maintenant de côté ces difficultés, encore mal élucidées, pour ne parler que des attributions des édiles municipaux, nous constaterons qu'elles se rapprochaient singulièrement de celles des édiles romains.

Comme eux nous les voyons exercer la *cura urbis*. A ce titre, ils veillaient à l'entretien des monuments publics et y faisaient faire les réparations nécessaires. Toutefois cette fonction était un peu moins étendue que

celle des édiles romains ; il y avait d'abord pour les monuments publics des curateurs spéciaux qui leur enlevaient une partie de ces attributions ; puis le gouverneur ou le *princeps provinciæ* devait être consulté relativement aux réparations les plus importantes. (Frag. 7, § 1. Dig. *De off. procons.*, I, 16. — Frag. 6. Dig. *De oper. pub.*, I, 12.)

Néanmoins, ils pouvaient se trouver appelés à faire exécuter des travaux assez considérables.

Ces magistrats avaient également la surveillance des marchés publics, celle des poids et mesure et des attributions relatives à la voirie. Ils pouvaient faire sur la voie publique des concessions temporaires pour l'établissement de barraquements, ainsi que le démontre une inscription trouvée à Pompéï.

Les édiles pouvaient aussi donner des jeux comme ceux de Rome. Le bronze d'Osuna leur prescrit de contribuer à ceux qui étaient obligatoires pour au moins deux mille sesterces chacun ; ils obtenaient en outre un subside de mille sesterces. (Bronze d'Osuna, chap. LXXI.) Cette faculté de donner des jeux au peuple rendait néanmoins les fonctions édilitiennes très recherchées dans les municipes mêmes. Les mêmes modes de compétition qu'à Rome s'y trouvaient mis en œuvre et elles faisaient naître les mêmes rivalités.

51. En ce qui touche la juridiction, les édiles municipaux ont le *jus mulctæ dictionis*. (*Lex Malacitana*, chap. LIV.) Au point de vue civil la *lex malicitana* semble leur attribuer une juridiction fort étendue en ce qui touche la nature des actions qui leur seraient soumises ; mais elle limite le taux de leur compétence en déterminant le minimum de celle des *duoviri juridicundo* et, par suite, le maximum de celle des édiles, qui était de mille sesterces.

52. Les édiles se sont maintenus plus longtemps dans les municipes qu'à Rome. Leurs attributions ne furent point aussitôt démembrées par l'institution des magistrats spéciaux. Néanmoins nous voyons l'édilité disparaître principalement devant l'influence toujours grandissante des *defensores civitatis*.

CHAPITRE IV.

DU CURSUS HONORUM DES ÉDILES ET DE QUELQUES INSCRIPTIONS RELATIVES A LEURS ATTRIBUTIONS.

53. Le développement qu'a pris la science épigraphique, par suite des remarquables études dont elle a été l'objet, ne permet guère aujourd'hui de négliger les précieux renseignements qu'elle nous fournit sans aucune parcimonie. Aussi nous trouvons-nous dans la nécessité de faire ici mention d'un certain nombre d'inscriptions, qui intéressent particulièrement notre sujet.

L'édilité, magistrature dont l'importance nous est désormais connue, tient une large place dans les inscriptions, en ce qui a trait du moins à ses attributions de droit public. Aussi pourrions-nous en étudier un nombre considérable. Cette tâche dépasserait de beaucoup nos forces et les limites de cette étude ; aussi devrons-nous nous restreindre à quelques unes, qui nous semblent être d'un intérêt plus immédiat.

54. Nous les avons empruntées au *Corpus inscriptionum latinarum, consilio et auctoritate academiæ litterarum regiæ Borussicæ editum*, et à quelques autres sources, notamment au recueil abrégé de Orelli. C'est

surtout au premier ouvrage que nous avons eu recours le plus fréquemment; ce monument d'épigraphie est considérable et ne comprendra pas moins de quatorze volumes avec suppléments. Les inscriptions y sont réparties suivant leur origine géographique. Malgré les avantages que peut présenter ce genre de classement, nous ne pouvons nous empêcher de regretter, qu'un arrangement logique, suivant la nature même des inscriptions, ordre qui n'a été observé que dans certaines subdivisions, ne soit pas venu rendre les recherches plus faciles et plus rapides. Beaucoup d'inscriptions d'un intérêt incontestable peuvent échapper à l'attention de celui auquel le temps fait défaut pour parcourir et compulser soigneusement les quatorze volumes de la collection.

On peut aussi regretter l'absence d'une table générale, travail délicat à mener à bonne fin, mais dont l'utilité serait incontestable.

SECTION I.

PLACE DE L'ÉDILITÉ DANS LE CURSUS HONORUM.

55. L'habitude des Romains était de joindre aux noms des personnes dont il était fait mention dans les inscriptions l'énumération des fonctions qu'elles avaient exercées.

Or, cette énumération se faisait toujours dans un ordre chronologique et déterminé; chaque fonction y était indiquée à son rang et suivant son importance. C'est ce qu'on a appelé le *cursus honorum*.

Le *cursus honorum* est direct ou inverse, suivant que le sculpteur a d'abord fait mention de la charge la plus basse pour conduire son énumération jusqu'à la fonction

la plus élevée et la dernière exercée, ou qu'au contraire il a commencé par celle-là pour redescendre jusqu'à la première.

56. On a divisé les *cursus honorum* en trois catégories suivant le degré plus ou moins élevé des fonctions qui ont rempli la carrière du personnage pris en considération. On distingue donc : 1° la carrière sénatoriale; 2° la carrière équestre; 3° les carrières inférieures.

L'édilité rentrant dans la carrière sénatoriale, nous ne parlerons que de celle-là. L'ordre des magistratures qui la composent va nous occuper quelque temps; nous suivrons le *cursus honorum* direct, tel qu'il a été conçu depuis Auguste jusqu'à Dioclétien ; c'est en effet l'époque où il a reçu sa forme et son développement le plus complet. Nous ne nous occuperons pas des inscriptions postérieures à Dioclétien, car après lui l'édilité a subi un très notable amoindrissement.

57. Pour parvenir à la questure, premier degré du *cursus honorum* sénatorial, il fallait au préalable avoir exercé l'une des charges du *vigintivirat*. Ce *vigintivirat* était une assemblée de vingt membres dont les attributions se divisaient en quatre classes.

On distinguait en effet :

a) Les *decemviri stlitibus judicandis*, qui jugeaient les contestations relatives à l'état des citoyens ;

b) Les *triumviri capitales*, qui étaient chargés de l'exécution des sentences des magistrats et étaient à ce titre auxiliaires des édiles ;

c) Les *triumviri monetales*, qui faisaient frapper la monnaie de cuivre ;

d) Les *quatuorviri viarum curandarum*, dont nous avons déjà parlé.

Mais l'exercice d'une de ces quatre fonctions, qui étaient *annales*, ne suffisait point encore. Il fallait en outre avoir servi dans une légion pendant un an comme *tribunus militum laticlavius*. Souvent cette dernière condition était remplacée par l'exercice de fonctions moins pénibles, soit par des services rendus dans l'administration militaire, soit par la charge, purement honorifique, de *sevir equitum romanorum*.

Puis on pouvait devenir *quæstor*, soit *urbanus*, si l'on remplissait ces fonctions pour l'*ærarium*, soit *consulum*, si l'on servait d'intermédiaire entre les consuls et le sénat, soit enfin *proquæstore*, si l'on exerçait ces fonctions dans les provinces sénatoriales. Ces différentes dénominations se retrouvent dans les inscriptions.

La questure durait également un an, du 5 décembre d'une année au 4 décembre de l'année suivante pour les questeurs romains, et du mois de juillet au même mois de l'année suivante pour les questeurs provinciaux.

58. On pouvait ensuite parvenir à l'*édilité* ou au *tribunat* ; sous l'empire en effet ces charges avaient été mises à peu près sur le même pied et l'on n'exerçait jamais que l'une ou l'autre. Elles occupaient le même rang dans le *cursus honorum*, et nous n'avons pu trouver aucune inscription où il soit rapporté qu'un citoyen ait exercé successivement l'une et l'autre.

Après ces deux magistratures, venaient les différentes *prétures*. On sait que le nombre et la nature en ont beaucoup varié puisqu'on en a compté jusqu'à cinq :

Prætor urbanus,
Prætor peregrinus,
Prætor tutelaris,

Prætor fideicommissarius,
Prætor ærarii.

Cette fonction, qui durait un an, ne pouvait être exercée avant trente ans.

Puis, on pouvait être *censeur;* cependant cela est assez rare, d'autant mieux que sous l'empire cette magistrature est usurpée par l'empereur, après avoir déjà subi un certain nombre de démembrements. Nous n'y insisterons pas.

Enfin, le couronnement de la carrière sénatoriale est le *consulat*, qu'on ne peut obtenir qu'à trente-trois ans, car il faut laisser s'écouler au moins deux ans entre l'exercice de la magistrature prétorienne et cette dignité suprême.

59. Or, au point de vue qui nous occupe, le consulat provoque une exception aux règles ordinaires sur le *cursus honorum* direct. Dans les inscriptions, nous trouvons toujours la mention de la dignité consulaire, accompagnant immédiatement le nom de celui qui y est dénommé, sans qu'on observe l'ordre prescrit. Ainsi, on fait connaître en premier lieu que le citoyen en question a été consul ou a exercé une magistrature consulaire, sauf à reprendre ensuite la série de ses fonctions.

Nous en trouvons un exemple dans le fragment d'inscription ci-dessous :

(N° 1.) P. IVLIO. IVNIANO. MARTIALIANO. C. V
COS QVAEST. PROVINCIAE. ASIAE. TRIB
PLEBEI. PRAETORI. CVRATORI. CIVITATIS. CA
LENORUM. . . . . .
. . . . . .

(*Corp. inscript.*, liv. VIII, n° 7049.)

P(ublio) Julio Juniano Martialiano, c(larissimo) v(iro), co(n)s(uli), quæst(ori), provinciæ Asiæ, trib(uno) plebei, prætori, curatori civitatis Calenorum. . . . . . .

On voit que la carrière de ce magistrat a débuté par l'exercice de la questure, précédé, sans doute, d'une des fonctions du *vigintivirat*, dont il n'est pas parlé dans l'inscription; puis il a été tribun de la plèbe; ensuite il a exercé la préture, la procuratèle d'une cité, etc... Mais avant tout, et bien que le *cursus honorum* soit direct, il est qualifié de personnage consulaire « *consuli* », ce qui, par parenthèse, lui vaut le titre de « *vir clarissimus* », traditionnel dans la circonstance.

60. Tel est le *cursus honorum* dans ses traits élémentaires, mais il se complique de bien d'autres attributions d'ordre civil, militaire ou religieux, sur lesquelles nous ne pouvons, à notre grand regret, donner ici de détails. Ces explications étaient nécessaires pour nous permettre de comprendre l'inscription ci-dessous, qui contient le *cursus honorum* d'un personnage ayant parcouru la carrière sénatoriale.

(N° 2.)

M. CLAVDIO. F. Q
FRONTONI. COS.
LEG. AVG. PR. PR. PROVINCIARVM. DACIARVM. ET
SVPER. SIMVL. LEG. AVGG. PR. PR. PROVINCIA
DACIAR. LEG. AVGG. PR. PR. MOESIAE. SVPER
DACIAE. APVLESIS. SIMVL. LEG. AVGG. PR. PR. PRO
VINCIAE. MOESIAE. SVPER. COMIT. DIVI. VERI
AVG. DONATO. DONIS. MILITARIB. BELLO. AR
MENIACO. ET. PARTHICO. AB. IMPERATORE. AN
TONINO. AVG. ET. A DIVO. VERO. AVG. CORONA
MVRALI. ITEM. VALLARI. ITEM' CLASSICA. ITEM
AVREA. ITEM. HASTIS. PVRIS. IIII ITEM VIXILLIS
IIII. CVRATORI. OPERVM : LOCORVMQ. PVBLICOR
MISSO. AD. IVVENTVTEM. PER. ITALIAM. LEGEN
DAM. LEG. AVGG. PR. PR. EXERCITVS. LEGIONARII
ET. AVXILIOR. PER. ORIENTEM. IN. ARMENIAM
ET. OSRHOENAM. ET. ANTHEMVSIAM. DVCTO

RVM. LEG. AVGG. LEGIONI· PRIMAE. MINERVI
AE. IN. EXSPEDITIONEM. PARTHICAM. DEDVCEN
20. DAE. LEG. DIVI· ANTONINI. AUGG. LEG. XI. CL· PRAE
TORI. AEDILI. CVRVLI. AB. ACTIS. SENATVS. QVAES
TORI. VRBANO. IX. VIRO. STLITIBVS. IVDICANDIS
HVIC. SENATVS. AVCTOREM. IMPERATOREM. AV
RELIO. ANTONINO. AVG. ARMENIACO. MEDICO
25. PARTHICO. MAXIMO. QVOD. POST. ALIQVOT. SE
CVNDA : PROELIA. ADVERSVM. GERMANOS
ET. IAZYGES· AD. POSTREMVM. PRO. R. P. FORTITER
PVGNANS. CECIDERIT. ARMATAM. STATVAM. ET
IN. FORO. DIVI· TRAIANI· PECVNIA. PUBLICA. CEN

M(arco) Claudio, [Tiberii] f(ilio), Q(uirina tribu) Frontoni c(on)s(uli), leg(ato) Aug(usti) pr(o) pr(ætore) provinciarum Daciarum et super(iorum), simul leg(ato) Augg(usti) p(ro) pr(ætore) Mœsiæ super(ioris), Daciæ, Apulesis, simul leg(ato) Augg(usti), pr(o) pr(ætore) provinciæ Mœsiæ super(ioris), comiti Divi Veri Aug(usti), donato donis militarib(us), bello armeniaco et parthico, ab imperatore Antonino Aug(usto) et a Divo Vero Aug(usto) corona murali, item vallari, item vixillis (pro vexillis) quatuor, curatori operum locorumq (ue) publicor(um); misso ad juventutem per Italiam legendam; leg(ato) Augg(usti) pr(o) pr(ætore) exercitus legionarii et auxilior(um) per Orientem in Armeniam et Osrhoenam et Anthemusiam ductorum; leg(ato) Augg(usti) legioni primæ Minerviæ in expeditionem parthicam deducendæ; leg(ato) Divi Antonini Aug(usti) leg(ionis XI Cl(audiæ); prætori; ædili curuli; ab actis senatus; quæstori urbano; decemviro stlitibus judicandis. Huic senatus auctorem imperatorem Aurelio Antonino Aug(usto), Armeniaco, Medico, Parthico Maximo, quod post aliquot secunda prælia adversum Germanos et Iazyges ad postremum pro R(e) P(ublica) fortiter pugnans ceciderit, armatam statuam et in foro Divi Trajani, pecunia publica, cen(suit ponendam).

(*Corp. inscript.*, liv. VI, t. I, n° 1377.)

61. Cet important document épigraphique, qui pré-

sente un grand intérêt à différents points de vue, renferme un *cursus honorum* très détaillé et contenant la mise en pratique des règles développées ci-dessus.

Il s'agit, ainsi qu'on le voit dans cette cette inscription, d'une statue élevée à la mémoire de M. Claudius Fronto, mort au service de la République. A cette occasion le sculpteur a énuméré les fonctions remplies par ce personnage consulaire, qui a parcouru la carrière sénatoriale et l'a terminée sous Marc-Aurèle. Cette inscription est probablement postérieure à l'année 166. Le *cursus honorum* est conçu dans l'ordre inverse.

M. Claudius a rempli aux débuts de sa carrière les fonctions de *decemvir stlitibus judicandis*. On se rappelle que cette magistrature était comprise dans le *vigintivirat*, ainsi que nous l'avons expliqué. Puis il a été questeur urbain, c'est-à-dire trésorier du Sénat. L'inscription nous laisse ignorer comment il a satisfait au service militaire ; cela se rencontre le plus souvent, cependant quelques unes en font mention. Après sa questure, M. Claudius a été *ab actis senatus*, c'est-à-dire chargé de tenir les registres du Sénat. C'est alors qu'il exerce les fonctions d'édile curule; nous devons faire remarquer ici que l'édilité occupe bien le rang annoncé dans nos explications préliminaires. Après l'édilité, M. Claudius gère la préture ; puis il exerce des fonctions militaires, qui lui valent des honneurs, dont l'inscription rappelle le souvenir ; ces fonctions sont celles qu'on donnait en général aux anciens préteurs, *legatus legionis* ; cette dernière magistrature était conservée pendant trois ans. Enfin, il termine sa carrière dans le gouvernement des provinces en y remplissant les fonctions de *legatus pro prætore*.

Ce *cursus honorum* peut être considéré comme un

type modèle de tous ceux qui existent d'Auguste à Dioclétien.

62. Nous ajouterons à ce premier exemple le *cursus honorum* d'un personnage qui a rempli les fonctions d'édile plébéien.

(N° 3.)

L· RAGONIO· L. F· PAP
VRINATIO· LARGIO
QVINTIANO· COS
SODALI· HADRIANAL
LEG· LEG· XIIIĪ· GEM
DONIS· MIL· DONAT
AB· IMP· COMMODO
ANTONINO· AVG
PROCOS· PROV· SARDIN
IVRIDICO· PER· APVLIAM
PRAEF· F· D· PRAET· AED· PLEB·
Q· PR· PR· PROV· AFRIC· SEVIR
M· ATTIVS· ENNIVS
SERGIANVS· AMICO·

(*Corp. inscript.*, liv. VI, t. I, n° 1503.)

L(ucio) Ragonio, L(ucii) f(ilio), Papurinatio Largio Quintiano, co(n)s(uli); sodali Hadrianal(i); leg(ato) leg(ionis) XIIII gem(inæ)?; donis mil(itaribus) donat(o) ab imp(eratore) Commodo Antonino Aug(usto); proco(n) s(uli) prov(inciæ) Sardiniæ), juridico per Apuliam; præf(ecto) f(rumenti) d(andi); prætori; æd(ili) pl(ebis); q(uæstor) pr(o) pr(ætore) pro(vinciæ) Afric(æ); servir(o); M(arcus) Ennius Sergianus amico.

Le magistrat dont il est parlé dans cette inscription a débuté dans l'exercice des fonctions publiques par celles de sevir; les *seviri* ou *sexviri* étaient les chefs des six turmes de chevaliers qui existaient à Rome. Ces fonctions qui étaient, ainsi que nous l'avons dit, purement honorifiques, tenaient lieu du service militaire pour ceux qui, désirant parvenir à la questure, ne voulaient ou ne pouvaient satisfaire aux obligations imposées par la loi Villia. C'est le procédé qu'employa Lucius Ragonius avant de

devenir *quæstor pro prætore* de la province d'Afrique. A la suite de ces fonctions, il fut élu édile plébéien, ce qui suppose nécessairement qu'il appartenait à cet ordre de citoyens. Cela ne l'empêcha pas d'être élu préteur, car la préture, réservée aux patriciens lors de sa création, avait été promptement ouverte aux plébéiens (337). Après la préture, Lucius Ragonius exerça les attributions de *præfectus frumenti dandi*; ces fonctions, dont la durée est indéterminée, rentrent dans la catégorie de celles qu'on attribuait de préférence aux anciens préteurs, lorsqu'ils restaient à Rome. Quant à ceux qui préféraient les fonctions provinciales, ils avaient à choisir entre celles de *legati legionis*, ou *pro prætore*, ou de *proconsules* dans les provinces prétoriennes du Sénat. Ce sont précisément les fonctions qui ont été successivement exercées par Lucius Ragonius. Il a cependant été d'abord *juridicus* en Apulie, les attributions de cette magistrature sont d'ordre purement judiciaire et ne s'exercent que dans les provinces. Puis il a été proconsul en Sardaigne et a exercé enfin des fonctions militaires qui lui ont valu des récompenses, mentionnées dans l'inscription, et sur lesquelles nous ne devons pas insister.

63. Voici maintenant le *cursus honorum* d'un personnage ayant exercé les fonctions édilitiennes dans un municipe :

(N° 4.)

MARTI
VICTORI
AVG· SAC
M· VLPIVS· M
F· PAP· ANDRO
NICVS· Q· AED
IIVIR· FLAM
IIVIR· QQ· PE
CVNIA· SVA
POSV

(*Corp. inscript.*, liv. VIII, n° 8439.)

Marti Victori Aug(usto) sac(rum); M(arcus) Ulpius, M(arci) f(ilius), Pap(iria tribu), Andronicus; q(uæstor); æd(ilis); duumvir; flamen; duumvir q(in)q(uennalis); pecunia sua posu(it).

Cette inscription devait se trouver sur un monument ou ex-voto élevé aux frais de Marcus Ulpius Andronicus. L'usage voulait que dans ce cas on inscrivît sur l'édifice le *cursus honorum* du donateur. Celui que nous venons d'indiquer est direct et conçu d'une façon assez sommaire : il comprend à la fois des fonctions civiles et des fonctions religieuses exercées successivement par le même magistrat, comme cela se produisait parfois à Rome et fréquemment dans les provinces. Nous voyons qu'il a été successivement questeur, édile, duumvir, flamine et *duumvir quinquennalis*. Nous pouvons remarquer d'ailleurs que l'édilité, à laquelle nous avons assigné une place assez élevée dans l'administration municipale, n'occupe dans cette inscription qu'un rang inférieur : cela doit être considéré comme une exception tenant à la nature même des fonctions exercées par Marcus Ulpius Andronicus,

64. Il nous sera facile de le montrer en indiquant rapidement le *cursus honorum* municipal.

Les décurions parcourent une carrière analogue à la carrière sénatoriale que nous avons précédemment fait connaître. Ils exercent d'abord une magistrature inférieure, puis ils sont admis dans le sénat. Alors, ils gèrent la questure, l'édilité, puis le duumvirat *juridicundo*. Telle est la carrière municipale réduite à ses éléments essentiels dans l'ordre civil. Quant aux autres fonctions mentionnées dans l'inscription que nous avons indiquée ci-dessus, l'une, la qualité de flamine, est une fonction d'ordre religieux, l'autre, celle de *duumvir quinquennalis* est de nature exceptionnelle.

Ces *duumviri* ou *quatuorviri quinquennales* jouaient dans les municipes le rôle de censeurs ; on n'en élisait que tous les cinq ans et pour une année seulement. Aussi leurs fonctions étaient-elles classées au premier degré. Si donc nous faisons abstraction de ces deux fonctions, nous trouvons l'édilité municipale occupant le deuxième rang dans le *cursus honorum*.

SECTION II.

INSCRIPTIONS RELATIVES AUX ÉLECTIONS DES ÉDILES.

65. Nous trouvons certaines inscriptions assez curieuses, rappelant l'élection de certains personnages aux fonctions édilitiennes, et les compétitions auxquelles cette élection donnait lieu. Nous nous bornerons à en indiquer ici deux, susceptibles de mériter quelque attention.

Il s'agit tout d'abord d'une inscription trouvée sur les murs de Pompéï, inscription dans laquelle un citoyen pose sa candidature à l'édilité. Elle peut donner une idée de ce qu'étaient à Rome les affiches électorales.

(N° 5.)

AMATOR· VEST
FACIAT· ÆD· M
MA . . . . . .

(*Corp, inscript.*, liv. IV, n° 45.)

Amator(em) vest(rum) faciat(is) æd(ilem) M(arcum) Ma(mmium (?))

Telle est la formule usitée en cette occurrence ; il faut au moins lui reconnaître le mérite de la brièveté, et dire que le candidat, si cette profession de foi émane de lui, a su exprimer en peu de mots ce qui de nos jours demande tant de phrases.

66. Nous joignons à cette première inscription un autre document de lecture incertaine et dont plusieurs parties sont mutilées, mais qui est, à n'en point douter, destiné à rappeler l'élection d'un édile, ainsi que le pensent les commentateurs. Nous nous contenterons de l'indiquer, avec les additions qu'on a cru devoir y faire.

(N° 6.)

SEX. IVlius .. f
ANI ·SILVAnus
SVMMVS ·Curator ,e, r.
SVFFRAGIO . ueteranor (?)
LEG. VIII. C. P. F. AED ab
ORDINE PRIMVS. factus
IIII. VIR. I. D. PONT.
IN. ACCEP
H .S. H .n . s

(*Corp. inscrip.*, liv. III, t. I, n° 2733.)

On peut également comparer, sur cette inscription assez obscure, Orelli, n° 4020.

SECTION III.

QUELQUES-UNES DES INSCRIPTIONS RELATIVES AUX ATTRIBUTIONS DES ÉDILES.

67. Les actes accomplis par les édiles dans l'exercice de leurs fonctions ont donné lieu à des inscriptions très nombreuses; nous en relèverons quelques-unes simplement à titre d'exemples.

Ces inscriptions se rattachent toutes au droit public. Nous devons citer en premier lieu une inscription relative à une construction élevée par un édile qui a payé de ses deniers les frais d'édification. Il arrivait assez souvent que ces magistrats n'hésitaient pas à acheter la faveur populaire par des générosités de cette nature.

(N° 7.)

X· BRVTTIVS· C· F
SER· AED· PROQ
MVR· P· CC· DE· SVA
PEC· FACIVNDVM
COER· L· CORNEL
Q· CAECIL· COS

(*Orelli*, t. I, ch. XII, n° 3269.)

Decimus Bruttius, C(aii) f(ilius), Ser)gia tribu), æd(ilis); pro-q(uæstore) mur(um) p(edum) ducentorum de sua pec(unia) faciundum coer(cuit); L(ucio) Cornel(io), Q(uinto) Cæcil(io) c(on)s(ulibus).

Cette inscription est de l'année 674 de Rome.

68. Les édiles, d'ailleurs, savaient, soit par des générosités de cette nature, soit par le dévouement qu'ils apportaient dans l'exercice de leurs fonctions, mériter fréquemment les faveurs populaires.

Celles-ci se manifestaient, soit par l'élection à des fonctions d'un ordre plus élevé, soit par l'érection de monuments destinés à rappeler le souvenir de ceux qu'elles avaient entourés, soit par des donations ou autres générosités.

L'inscription ci-dessous a été gravée sur un tombeau dont le terrain a été gratuitement fourni par le peuple pour y déposer les cendres d'un édile et de sa famille.

(N° 8.)

C· POPLICIO· L· F· BIBVLO· AED· PL· HONORIS
VIRTVTISQVE· CAVSSA· SENATVS
CONSULTO· POPVLIQVE· IVSSV· LOCVS
MONVMENTO· QVO· IPSE· POSTEREIQVE
EIVS· INFERRENTVR· PUBLICE· DATVS· EST

(*Corp. inscript.*, liv. VI, n° 1319.)

C(aio) Poplicio, L(ucii) f(ilio), Bibulo, æd(ili) pl(ebis), honoris virtutisque causa, senatus-consulto populique jussu, locus monumento, quo ipse postereique ejus inferrentur, publice datus est.

69. Il existe, en outre, de nombreuses inscriptions que nous ne pouvons rapporter ici, et qui témoignent de la

magnificence des jeux célébrés par les édiles. « *Panem et* « *circenses* », disaient les Romains, et les édiles avaient pour mission de satisfaire à ce double besoin. Ils le faisaient de manière à mériter les bonnes grâces de la multitude. (Orelli, t. I, n° 2531-2532.)

70. Les monuments sont couverts de documents de même nature, rappelant la part que les édiles ont prise à leur réfection et à leur entretien. Nous en avons particulièrement remarqué deux : elles sont d'une lecture difficile pour certains de leurs fragments ; mais les parties qui nous intéressent sont suffisamment claires pour que nous puissions les rapporter ici.

En voici d'abord une, qui est à la vérité mutilée dans sa première partie, mais dont les dernières lignes, restituées avec certitude, sont manifestement relatives à un édile du nom de Cnæus Octavius.

L'inscription a pour but de rappeler que Cnæus Octavius, édile curule, a relevé un édifice religieux. Remarquons ici que les édiles n'avaient, en ce qui touche les monuments consacrés au culte, que des attributions absolument secondaires. Cependant nous savons qu'ils avaient l'entretien du temple de Cérès, mais à raison de considérations d'ordre purement civil.

L'inscription que nous donnons ci-dessous est antérieure à Auguste.

(N° 9.)

L· F· . . . . . SORE[x] . . .
PANNI· C· F· A· . . . . . [n] . . .
[po]STUMIO· A· F· . . . . . .
[cn.] [o]CTAVIO· CN· F· Al[d. cur]
[hae]C· ARA· RESTIT[uta]

(*Corp. inscrip.*, liv. I, n° 803.)

Nous nous abstenons de traduire les trois premières lignes qui ne peuvent nous être utiles.

[*Cn*(*æo*)*O*]*ctavio, Cn*(*æi*) *f*(*ilio*), *ai*[*dili cur*(*uli*)], [*hæ*]*c ara resti-t*[*uta*].

Nous pouvons encore joindre à cette inscription un autre document plus ancien. Il rappelle pour quelle part un édile a contribué à l'établissement d'une route.

(N° 10.)

P· MENATES· P· F·
AID · PL
m. p. XXX

(*Corp. inscript.*, liv. I, n° 633.)

P(*ublius*) *Menates, P*(*ublii*) *f*(*ilius*), *aid*(*ilis*) *pl*(*ebis*), [*milia passuum*] *triginta* [*curavit* (*?*)]

Nous n'insistons pas davantage sur ces inscriptions, qui sont assez difficiles à expliquer, et nous renvoyons pour le surplus aux ouvrages spéciaux sur la matière.

71. Dans un ordre d'idées voisin, nous trouvons sur les poids et mesures des inscriptions relatives à la mission de surveillance exercée par les édiles.

Sans revenir sur cette attribution, dont nous avons déjà parlé, nous donnons immédiatement l'inscription ci-dessous, qui était gravée sur une balance.

(N° 11.)

TI· CLAVD· CAES· iiii. I. VITEL
III. COS· EXACTA· AD· ARTIC
CVRA ·AEDIL

Ti(*berio*) *Claudio Cæs*(*are*) [*IIII, L*(*ucio*)] *Vitel*(*lio*) *III, co*(*n*)-*s*(*ulibus*). *Exacta ad Artic*(*uleiana*) [*pondera*], *cura ædil*(*ium*).

Cette inscription rappelle que la balance sur laquelle elle a été gravée a été l'objet d'une vérification de la part des édiles. Cette vérification a été faite au moyen de poids étalons, appelés « *articuleiana* » du nom d'un édile, Articuleius, qui exerça ses fonctions en l'an 47 après Jésus-Christ.

72. Enfin, nous terminerons ces quelques exemples en

donnant une inscription relative au droit de police des édiles sur la voie publique.

(N° 12.)

PERMISSV
AEDILIVM· CN
ANINIVS· FORTV
NATVS· OCCVP

(*Corp. inscript.*, liv. IV, n° 1096.)

Permissu ædilium, Cn(æus) Aninius Fortunatus occup(avit).

Cette inscription fait allusion à une concession, temporaire sans doute, pour l'établissement de baraquements ou autres constructions légères sur la voie publique de Pompéï, où elle a été retrouvée. Cette concession, comme on peut le voir, émane des édiles, qui avaient sans doute, en cette matière, une mission spéciale.

SECTION IV.

DES AUXILIAIRES DES ÉDILES.

73. Il existe un certain nombre d'inscriptions faisant mention des attributions exercées par les auxiliaires des édiles; la plupart sont des inscriptions funéraires.

Nous trouvons même pour ces fonctionnaires d'ordre secondaire une sorte de *cursus honorum* d'une nature particulière. Les *scribæ*, notamment, suivaient dans les différentes fonctions qu'ils exerçaient une carrière dont l'inscription suivante peut donner une idée :

(N° 13.)

T· STALILIO
MESSALIANO
PRAEF· COH· II
ASTVRVM
SCRIBAE· TRIBVNICIO
SCRIBAE· AEDILICIO

(*Corp. inscript.*, liv. VI, vol. I, n° 1850.)

T(ito) Statilio Messaliano, præf(ecto) coh(ortis) II Asturum; scribæ tribunicio, scribæ edilicio.

Titus Statilius a été successivement scribe des édiles, puis des tribuns, et enfin préfet de la deuxième cohorte d'Asturie.

Les fonctions de scribe conduisaient sans doute à l'exercice de ces préfectures d'ordre secondaire, car nous en trouvons des exemples nombreux. Nous pouvons, entre autres, indiquer le suivant, dans lequel on voit un scribe des édiles curules devenir *præfectus fabrum*, sorte d'intendant des ouvriers employés aux travaux publics.

(N° 14.) T· CVLCISCIVS· T· F· VOL
PRAEF· FABR· SCRIB· AED· CVR
(*Corp. inscript.*, liv. VI, t. I, n° 1841.)

T(itus) Culciscius, T(iti) f(ilius), Vol(tinia tribu), præf(ectus fabr(um); scrib(a) æd(ilium) cur(ulium).

Enfin, on trouve encore dans le *Corpus* des inscriptions faisant mention de *viatores ædilium plebis* (*ibid.*, n° 1933), ce qui justifie une proposition avancée par nous; on peut aussi trouver des inscriptions d'*apparitores* et de *præcones* (nos 1946 à 1949 incl.) au tome Ier du livre sixième, relatif aux inscriptions de Rome.

74. Nous terminons ici cette série d'exemples, bien abrégée et bien incomplète. Elle suffit cependant pour nous permettre d'apprécier l'importance de l'édilité dans l'organisation administrative et judiciaire de Rome.

Elle nous permet aussi de comprendre l'importance du rôle que jouait l'édilité dans l'existence journalière et dans la vie pratique des Romains. L'édile était vraiment, par ses fonctions, le conseil et le magistrat populaire par

excellence. Son rôle présente avec celui de nos maires une analogie remarquable, qui ressort trop par elle-même pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

S'il est vrai de dire qu'on puisse connaître le degré de civilisation d'un peuple au caractère plus ou moins parfait de sa législation, on doit également dire que c'est en étudiant ses magistrats qu'on peut se rendre le mieux compte de ses mœurs. L'édilité, magistrature d'ordre relativement inférieur, est certainement celle qui nous fait le mieux connaître le peuple romain.

DEUXIÈME PARTIE

INTERVENTION DE L'ÉDILE DANS LE DROIT PRIVÉ.

CHAPITRE V.

DE L'ÉDIT DES ÉDILES ET DES ACTIONS ÉDILITIENNES.

SECTION I.

EXERCICÉ PAR LES ÉDILES DU JUS EDICENDI.

75. Les magistrats romains, qui avaient la juridiction, jouissaient, à l'occasion de cette attribution, de cinq droits distincts. Ils avaient en effet :

1° Le *jus judicari, jubendi aut judicandi.* C'est l'attribut essentiel de la juridiction, la faculté de soumettre l'affaire à un juge ou de décider immédiatement par soi-même. C'est en vertu de ce droit que le magistrat peut rendre des décrets ou des interdits. Cette partie de la *jurisdictio* est essentiellement transmissible et susceptible d'être déléguée. (Tacite, *Annales*, VI, 11.)

2° L'*imperium mixtum*. Cette attribution est celle en vertu de laquelle le magistrat déclare le droit et ordonne une exécution en dehors de toute question litigieuse. (Frag. 3. Dig. *De jurisdictione,* II, 1.) Tel est le droit d'*in integrum restitutio* ou de concession d'une *bonorum possessio*. On appelle aussi *imperium mixtum* le droit de

faire exécuter une sentence. (Frag. 5, § 1. Dig. *De officio ejus.* I, 21.)

3° La *legis actio*, ou droit de juridiction gracieuse. Ce droit est concédé d'une façon beaucoup moins étendue que les précédents, car il suppose la plénitude de juridiction. On trouve pourtant quelques exceptions. (Paul, *Sent.* l. II, t. 25, § 4.) Elle ne peut être conférée que par une loi. (Const. 1, Code *De emanc.*, VIII, 49.)

4° On peut ranger sous ce chef un certain nombre d'attributions diverses, qui sont concédées aux magistrats par des dispositions spéciales : *datio tutoris*, autorisation de vendre les biens d'un mineur, etc.

5° Le *jus edicendi*. En entrant en charge, le magistrat portait à la connaissance des plaideurs la manière dont il se proposait d'exercer la *jurisdictio* et dont il ferait l'application et l'interprétation des principes du droit civil. A cet effet, il rédigeait un édit inscrit sur des tablettes, *in albo*, et exposé au forum, à côté de son tribunal.

Cet usage, qui ne prit naissance qu'au IVe siècle de Rome, devint pour le magistrat l'instrument des créations et des perfectionnements qui constituèrent le droit honoraire. Les magistrats ne se contentèrent pas d'appliquer les principes du droit civil, ils n'hésitèrent pas à en combler les lacunes et même à modifier les principes contraires à l'équité, *supplendi vel corrigendi*.

76. Les édiles eurent la *jurisdictio* avec le *jus judicari, jubendi aut judicandi;* quant à l'*imperium mixtum*, ils ne durent l'acquérir qu'après la création des édiles curules, car antérieurement ils n'avaient que la *potestas* ainsi que nous l'avons dit ; ils n'eurent jamais l'*imperium merum*, qui n'avait même pas été accordé au préteur.

Leur juridiction n'a jamais compris non plus la *legis*

actio, ni les attributions particulières que nous avons rangées sous le numéro 4 de l'énumération ci-dessus.

77. Quant au *jus edicendi*, dont nous allons maintenant nous occuper, il fut incontestablement l'attribut de l'édilité curule; mais on controverse la question de savoir s'il a été exercé par les édiles plébéiens.

La raison de douter vient surtout de ce que les jurisconsultes romains et le Digeste ne nous parlent que de l'édit des édiles curules Gaius. (c. I, § 6) ne nous cite que celui-là; il en est de même d'Aulu-Gelle (IV, 22) et de Plaute (*Ménech.*, IV, 2, 23). On appuie en outre cette constatation et la solution qu'on en veut déduire sur une considération tirée des attributions mêmes des édiles. On a pu voir en effet, d'après l'étude sommaire que nous en avons faite dans notre première partie, qu'il exista toujours certaines différences entre les pouvoirs des deux ordres d'édilités. Or, c'est surtout au profit des édiles patriciens que s'est manifestée cette distinction; ces derniers, en effet, occupant dans la hiérarchie un rang plus élevé, jouissaient de pouvoirs plus étendus, et rien ne semble plus naturel que de décider qu'ils ont seuls fait un édit, puisque nous ne trouvons pas de traces d'un édit plébéien.

Il n'est cependant pas douteux que les édiles plébéiens aient exercé la *jurisdictio* soit en matière de droit privé, soit en matière de droit public, qu'ils aient eu, comme les édiles curules, le *jus mulctæ dictionis*, et, par suite, il semble difficile de leur refuser le *jus edicendi*. Ce droit est en effet le complément nécessaire de la juridiction dans le sens où l'entendaient les Romains; le magistrat devait faire connaître sa jurisprudence avant même de l'appliquer; tel était du moins le principe. De là, on peut

conclure que les édiles plébéiens avaient le *jus edicendi*.

Mais il paraît démontré que si les édiles plébéiens ont eu la jouissance du *jus edicendi*, ils n'en n'ont jamais fait usage d'une façon assez efficace, au moins en matière civile, pour que nous puissions retrouver des traces de son exercice. Il est donc probable que les édiles patriciens seuls surent en profiter et que, si jamais il appartint aux plébéiens, il fut bientôt absorbé par les premiers. Ce que nous en possédons aujourd'hui est certainement leur œuvre

78. L'édit des magistrats contenait plusieurs parties suivant que les dispositions, qui y étaient insérées, dépendaient ou non de l'initiative immédiate de ce magistrat. On distinguait, à cet égard, l'*edictum tralatitium* ou *translatitium*, qui comprenait les traditions conservées par l'usage ; ces règles immuables trouvaient place dans tous les édits. Le temps devait nécessairement en augmenter le nombre et, par suite, faciliter singulièrement l'œuvre de rédaction, *ne varietur*, entreprise par Salvius Julien. A l'*edictum tralatitium* on opposait l'*edictum novum*, qui contenait les créations personnelles du magistrat ; on se souvient encore des *edicta nova* du prêteur Aquilius Gallus, le contemporain et l'ami de Cicéron.

A un autre point de vue, on distinguait encore l'*edictum perpetuum* de l'*edictum repentinum*. Le premier était celui qui, formulé par le magistrat lors de son entrée en fonctions, devait rester en vigueur pendant toute la durée de sa magistrature, sans pouvoir être modifié au cours de son exercice. La loi Cornelia (687, U. C.) ne permettait pas de changer ou de transgresser les principes ainsi établis pour une année. Toutefois, le magistrat restait libre d'en créer de nouveaux pour les hypothèses qu'il n'avait pas

prévues d'avance : tel était l'objet de l'*edictum repentinum*. (Frag. 7, *Princ.*, *de juridict.* II, 1.)

Ces divisions sont principalement appliquées à l'édit du préteur, mais nous pouvons dire que l'édit des édiles n'y échappait point ; elles présentent, en effet, un caractère technique assez général pour convenir à l'un et à l'autre, bien que le dernier fût incontestablement d'une moindre importance.

79. La partie de l'édit des édiles que nous possédons actuellement est presque toute entière relative au droit privé ; mais il ne faudrait pas en conclure que les édiles n'aient pas fait d'édits relatifs au droit public. Il est au contraire démontré qu'il en a existé.

Ces derniers présentaient un caractère essentiellement différent des autres ; ils étaient en effet établis sans aucun caractère permanent et soumis à des règles moins strictes que ceux du droit privé. Il est à croire, cependant, qu'on leur appliquait les divisions indiquées ci-dessus.

Le *jus edicendi*, en matière de droit public, appartenait aux consuls, aux censeurs, au tribuns, aux édiles et aux présidents de provinces.

80. Les principes qui avaient présidé à l'exercice du *jus edicendi* pendant toute la période antérieure à Hadrien subirent une importante modification par suite de la rédaction de l'Édit perpétuel. On sait en effet que Salvius Julien, *vir prætorius*, entreprit, après plusieurs jurisconsultes ou anciens préteurs, d'établir entre les dispositions communes des édits une coordination méthodique. Il créait ainsi un édit-type, source d'uniformité absolue et définitive dans le droit honoraire. « *Edictum prætoris primus diligenter composuit* », nous dit Pomponius (Frag. 2, § 44, *de orig. jur.*).

On n'est pas absolument d'accord sur la portée et l'autorité législative de cet Édit perpétuel. Tout le monde à peu près décide qu'il s'agit d'un travail officiel ; il n'est même pas douteux qu'il ait été sanctionné par un senatus-consulte ; mais a-t-il définitivement fait perdre pour l'avenir le *jus edicendi* aux magistrats qui pouvaient l'exercer ?

Cela paraît peu vraisemblable en présence du texte de Gaïus (I, § 6) qui nous parle du *jus edicendi* comme existant encore à l'époque où il écrit, c'est-à-dire sous Marc-Aurèle, un demi-siècle après Hadrien (Marc-Aurèle, 169, Hadrien, 117).

Il est vrai qu'on éprouve alors quelques difficultés à expliquer l'existence du sénatus-consulte qui vint sanctionner l'édit de Salvius Julien. Il peut cependant se comprendre si l'on considère que, sans faire disparaître le *jus edicendi*, il le réduisit à la faculté de formuler autrement les règles de l'Édit perpétuel ou à en faire de nouvelles pour les hypothèses où il se trouvait insuffisant. Tel est le système qui tend aujourd'hui à prévaloir.

81. Or, si nous nous sommes arrêté quelques temps sur cette dernière question, c'est qu'elle intéresse aussi bien l'édit des édiles que celui du préteur. Cet édit a fait, comme l'autre, l'objet d'une rédaction et d'une généralisation ; ils furent même réunis en un seul, sous Hadrien, et l'on établit entre l'un et l'autre une confusion fréquente. (Frag. 5, pr. Dig. *De verb. signif.* — Const. 2, § 3, Code *De veteri jure enucleando*, I, 17.)

Tel dut être le dernier état de l'édit des édiles ; malheureusement nous n'en possédons que de rares fragments et nous ne trouvons que des passages épars, et souvent dénaturés, de ce monument juridique, dont l'importance n'a

peut-être pas été suffisamment appréciée. Il nous révèle dans les parties qui nous sont parvenues des détails piquants et nous laisse entrevoir de curieux aperçus sur la vie publique ou privée des Romains, et notamment sur l'esclavage.

82. Nous allons donner ici une énumération des fragments de l'édit qui nous sont parvenus. La plupart de ces textes sont d'Ulpien et ont été extraits de son ouvrage sur l'Édit des édiles curules ; on ne peut garantir qu'ils soient exempts de toute incorrection. Ils sont tirés du Digeste, au titre *de ædilitio edicto*, sur lequel portent principalement nos explications.

Ce sont les fragments 40, § 1, 41 et 42 ; 38 princ. et § 5; 23, § 9, et 1, § 1.

Un certain nombre d'auteurs classiques nous fournissent aussi des renseignements précieux sur le texte même de l'édit. Nous pouvons citer : Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, IV, 2, et Varron, *De re rustica*, II, 10. D'autres auteurs nous en ont donné des imitations ou des parodies non sans intérêt. (Plaute, *Captifs*. IV, 2, 736.)

SECTION II.

ÉTENDUE D'APPLICATION DE L'ÉDIT DES ÉDILES.

83. L'édit des édiles peut être considéré au point de vue de son application territoriale, ou à celui des matières qui y sont réglementées.

84. Sur le premier point, son étendue est devenue très considérable. Fait à l'origine pour Rome seule, il reçut bientôt son application dans les provinces. Ulpien nous apprend même qu'il devint le droit commun : « *Ubique* » *enim curant ædiles, ne emptores a venditoribus circum-*

» *veniantur* », nous dit-il dans le fragment 37, au Digeste, *De œdilitio edicto*.

Il était en outre en vigueur dans les colonies et dans beaucoup de municipes, qui, peu à peu, soit volontairement, soit par la force des choses, avaient vu disparaître leur législation nationale devant les institutions plus perfectionnées des Romains. Au surplus, cela n'a-t-il rien d'étonnant en présence de l'analogie très marquée qui existe entre les attributions des édiles romains et celles des édiles municipaux. Cette analogie est telle que si ces derniers ont exercé le *jus edicendi* dans toute son étendue, ce qui est probable, on aura pu leur emprunter quelques créations originales pour les mettre en œuvre dans la rédaction de l'Édit perpétuel.

85. Nous ne connaissons qu'un petit nombre des matières traitées dans l'édit des édiles. A coup sûr, il devait en renfermer un nombre bien plus considérable. Presque tout ce qui nous en est resté est relatif à la vente, et nous savons qu'à ce point de vue son étendue d'application était très générale. Labéon, cité par Ulpien (Frag. 1, *Princ. de æd. edict.*), nous apprend que l'édit des édiles curules s'appliquait à toutes sortes de ventes, même aux ventes immobilières. Sa généralité sur ce point peut nous permettre de conclure *a simili* de l'importance des autres.

On classe généralement sous trois chefs les règles qui nous sont parvenues. Le premier est relatif à la vente des esclaves, le deuxième à celle des bêtes de somme et le troisième aux dommages occasionnés par les animaux sur la voie publique. Mais nous n'ignorons pas qu'il existait bien d'autres dispositions, Pomponius nous parle d'un interdit *de via publica et si quid*, destiné à maintenir l'intégrité de la voie publique (*Digeste*, livre XVIII, titre 10);

il y avait des chefs relatifs à la castration des esclaves, d'autres aux dépenses des funérailles, d'autres encore à la police des spectacles.....

L'existence de ces différents chefs, qui est absolument incontestée, nous permet d'induire presque à coup sûr qu'il en existait beaucoup d'autres qui ne nous sont pas parvenus. Il devait contenir des dispositions relatives à chacune des attributions de ce magistrat et former ainsi un corps de droit d'une importance indéniable.

Le démembrement que l'empire fit subir à ces fonctions, que leur caractère essentiellement populaire rendait peut-être redoutables pour César, fut la cause pour laquelle nous ne retrouvons, dans le droit byzantin, que des traces incomplètes et éparses d'un monument juridique si intéressant.

Cette pénurie de données immédiates sur le texte de l'édit doit aussi être en partie attribuée à la fusion opérée, sous Hadrien, avec celui du préteur, qui, par la suite, acquit une partie des fonctions des premiers. Nous en sommes donc réduits à des suppositions sur un très grand nombre de points.

SECTION III.

DES ACTIONS ÉDILITIENNES.

86. Comme tous les fonctionnaires qui exerçaient la *juridictio*, les édiles donnaient aux plaideurs un certain nombre d'actions, qui devaient servir de sanction aux règles inscrites dans l'édit. Le complément nécessaire d'un principe juridique est le moyen qui doit en assurer l'application ; telle est l'idée que nous retrouvons à chaque pas dans le droit honoraire et, détail qui révèle l'esprit essentiellement

pratique des jurisconsultes romains, nous voyons rarement un magistrat prescrire une règle sans y joindre immédiatement une sanction ; le plus souvent même, le magistrat emploie dans l'édit la formule suivante : « Je donnerai » action dans le cas où..... », ou d'autres équivalentes, mais dans lesquelles l'existence de l'action ou de l'exception semble être l'objet principal.

87. Tel a été le procédé suivi par les édiles, qui, se trouvant appelés à consacrer et à appliquer un certain nombre de principes, ont par là même créé des actions à l'exemple des autres magistrats.

Ces actions sont probablement fort nombreuses, bien que nous n'en connaissions qu'un très petit nombre. Marcellus (Frag. 2. Dig. *De divers. tempor. præscript.*, XLIV, 3) fait allusion à leur multiplicité : « *aut de actio-* » *nibus, quæ certo tempore finiuntur ut ædilitiæ pleræ-* » *que actiones...* », nous dit-il ; et l'on peut certainement conclure de ces expressions qu'il y avait beaucoup d'actions édilitiennes, dont toute une catégorie nous est restée inconnue, celle des actions édilitiennes perpétuelles. On doit, par *a contrario* de ce texte, décider que les édiles avaient créé des actions de cette nature : si en effet le jurisconsulte Marcellus nous dit que la plupart de ces actions étaient temporaires, c'est apparemment qu'il y en avait qui ne l'étaient pas.

Quoi qu'il en soit, nous ne connaissons de ces actions que celles qui sont relatives à la vente et aux dommages causés dans les rues par les animaux. Nous nous proposons d'en donner tout d'abord et dans ce chapitre une idée sommaire, qui précédera l'étude détaillée des chapitres suivants. Mais nous devons au préalable nous occuper du développement donné par les édiles à l'action *ex stipu-*

latu en matière de vente. Nous allons donc consacrer trois paragraphes à ces différents points.

§ 1. — *Du droit édilitien en matière de vente et de la* stipulatio duplæ.

88. Il ne paraîtra peut-être pas inutile, pour comprendre quelle a été l'œuvre des édiles en cette matière, de suivre les modifications qu'a subies la vente dans le droit romain et de voir quelle a été la coopération de la jurisprudence à ces modifications.

La vente est un contrat de droit naturel ; les Romains l'ont trouvé tout formé et n'ont eu qu'à adopter l'usage consacré par une tradition immémoriale. Mais en l'introduisant parmi ceux que consacrait une législation encore formaliste et rigoureuse, ils lui imprimèrent, au début tout au moins, des caractères restrictifs, qui appartenaient aux contrats déjà en vigueur.

La vente n'était point alors le contrat de bonne foi que nous connaissons et dans lequel le juge, guidé par l'équité, peut suppléer au silence des parties. Tout devait être expressément convenu, et la vente prenait pour ainsi dire l'apparence d'un contrat de stipulation, dépouillé de ses formes solennelles. Donc, au début, il y avait impossibilité pour le juge d'appliquer une interprétation équitable, et jamais la volonté tacite des parties n'était prise en considération, concurremment avec leur volonté expresse. (Frag. 25, § 1. Dig. *De contrah. empt.*)

89. Une doctrine moins sévère et plus conforme aux vrais principes devait bientôt se former et substituer la théorie plus large des contrats de bonne foi à un rigorisme dont nous ne trouvons déjà presque plus de traces à l'époque de la loi des Douze-Tables.

La conception de la vente comme contrat de bonne foi

comportait évidemment pour le vendeur l'obligation de garantie qu'on désigne souvent en droit romain par le mot « *auctoritas* » (Frag. 76. Dig. *De evict.*). En s'obligeant à livrer la *merx*, le vendeur devait aussi s'engager à indemniser l'acheteur, s'il ne remplissait pas ses obligations d'une façon complète. Il est bien certain qu'à l'origine, la garantie ne pouvait résulter que d'une stipulation expresse, fixant le taux de l'indemnité et les hypothèses où cette indemnité serait due.

L'usage avait restreint la faculté de stipuler une indemnité plus ou moins forte : elle était soit de la valeur de la chose, soit du double, soit du triple, soit du quadruple, sans pouvoir néanmoins dépasser ce maximum. Il détermina également les cas où il pouvait y avoir lieu à la réclamer, cas qui doivent être classés en deux catégories : 1° indemnité due pour cause d'éviction, 2° indemnité due à raison des vices cachés de la chose vendue.

90. Or, cette stipulation pouvait incontestablement offrir des avantages pratiques en ce qui touche l'éviction dont les cas sont faciles à prévoir; mais, il en est autrement des vices cachés, qui sont innombrables, et qu'on ne pouvait tous garantir expressément.

C'est à ce dernier point que les édiles se sont attachés de préférence ; mais, tout en établissant un système juridique pour la garantie des vices cachés, ils ont également perfectionné la théorie de la garantie au cas d'éviction. On sait que l'éviction donne naissance à l'action *ex stipulatu*, en dehors même de l'action du contrat, l'action *empti*, dont nous n'avons pas à parler. Or, si l'on ne peut leur attribuer la création de cette action *ex stipulatu* qui vient de la loi des Douze-Tables, on doit néanmoins reconnaître qu'ils en ont considérablement étendu

la portée. (Cicéron, *De off.*, III, 16. Paul, *Sentences*, II, 17, § 3.)

En premier lieu, ils rendirent obligatoires en matière de vente les stipulations de garantie, dont ils fixèrent au double le taux usuel : de là, l'existence à raison de toute vente de l'action *ex stipulatu duplæ*. Nous devons dire cependant que cette stipulation n'était pas sous-entendue au début, et qu'au contraire elle devait se faire expressément et dans les formes solennelles exigées par le droit civil.

Aussi, n'était-ce là qu'un remède à l'éviction; nous verrons plus tard que la stipulation reçut aussi son application à la garantie des vices cachés, mais dans des conditions sensiblement différentes.

91. Toujours en ce qui touche l'éviction, les édiles avaient rendu la *stipulatio duplæ* obligatoire, aussi venaient-ils apporter une sanction à cette règle; c'est à cet effet qu'ils permirent d'exercer contre le vendeur l'action *ex empto*, pour obtenir la promesse omise ou refusée. Cette action, qui pouvait également être exercée au cas d'une éviction accomplie, devenait donc en outre utile avant même que l'éviction ne se fût produite. (Frag. 31, § 20, *De æd. edict.*)

Mais bientôt un nouveau progrès se manifesta sous l'influence d'une jurisprudence, à laquelle les édiles ne sont pas restés étrangers. On en arriva à sous-entendre la stipulation, et à donner l'action *ex stipulatu* en l'absence même de toute promesse solennelle. (Frag. 66. *Princ. de contrah. empt.*) Cette modification se produisit vers le deuxième siècle de l'ère chrétienne. On alla plus loin encore : très promptement on remplaça l'action *ex stipulatu* par l'action *ex empto*, qui permit, au cas d'éviction,

d'obtenir le double de la valeur de la chose vendue. (Frag. 37. *Princ.* et § 1, *De evict.* Frag. 31, § 20, *De æd. edict.* Frag. 17. *Princ. de institoria actione*, XIV, 3.)

92. Tels sont les progrès réalisés en ce qui touche la garantie pour cause d'éviction ; nous voyons que les édiles y ont pris une part notable. Mais leur action s'est surtout exercée en ce qui touche les vices cachés, et comme les premiers progrès ont porté sur l'application de l'action *ex stipulatu*, nous allons immédiatement en parler.

Il convient de remarquer que si l'existence de vices qui diminuent l'utilité de la chose constitue en fait une sorte d'éviction, il en est tout autrement en droit. Dans le cas d'éviction proprement dite, l'acheteur est privé, par suite d'un procès, de tout ou partie de la chose ; dans celui de vices cachés, la situation est complètement différente ; l'acheteur conserve la possession tout entière, personne ne vient l'en dépouiller ; seulement, cette possession est rendue inutile par l'existence de vices qui ne permettent pas de faire de la chose un usage fructueux,

Aussi, la loi des Douze-Tables avait elle apporté un premier remède au péril que les vices pouvaient offrir pour l'acheteur ; elle permettait une condamnation au double contre le vendeur qui en aurait faussement affirmé l'absence. C'était la conséquence naturelle du caractère de la vente dans le très ancien droit, caractère qui consiste en ce que toutes les clauses du contrat devaient être exprimées, et que rien ne pouvait suppléer au silence des parties.

On conçoit sans peine que ce système présentait, au cas de vices cachés, des lacunes très importantes. En effet, le vendeur adroit se gardait soigneusement de faire la moindre allusion aux vices de la chose vendue, et son

silence lui permettait d'échapper à toute responsabilité.

C'est en considération de ce premier inconvénient que les jurisconsultes appliquèrent, par voie d'extension, la règle de la loi des Douze-Tables au cas où le vendeur, connaissant les vices de la chose vendue, ne les a pas déclarés à l'acheteur ou en a sciemment dissimulé l'existence. (Cic. *De off.* III, 16, 17, 19.)

Ce n'était point encore assez, et les édiles généralisèrent la théorie. Le vendeur ne doit pas ignorer les vices de la chose; il doit les garantir tous, suivant certaines conditions déterminées, et la stipulation du double sera exigée non seulement pour l'éviction, mais encore pour les vices cachés.

Cette théorie devait entraîner, par application d'un principe nouveau, la création de deux actions, inconnues jusqu'alors, l'action redhibitoire et l'action *quanti minoris* ou estimatoire.

§ 2. — *Des actions redhibitoire et estimatoire.*

93. Nous ne voulons pas entrer ici dans l'exposition détaillée des principes qui régissent ces deux actions; nous nous proposons seulement d'en déterminer la nature et les caractères, nous réservant de leur consacrer une étude plus complète dans la suite de ces explications.

94. Nous ne saurions dire d'une façon positive à quelle date se place exactement la création de ces deux actions; mais nous pouvons établir par approximation une période où l'on doit la chercher. C'est ainsi qu'elle est très certainement postérieure non seulement à la création de l'édilité, mais encore à sa transformation en magistrature indépendante, c'est-à-dire à l'année 260. Peut-être même pourrions-nous dire, sans trop nous avancer, que ces ac-

tions n'existaient pas avant l'institution des édiles curules et qu'elles sont une création de ces magistrats. D'autre part, il n'est pas douteux qu'elles soient antérieures à Plaute (217-182 av. J. C.), car cet auteur y fait une allusion évidente dans ses *Captifs* (IV, 2, 43), lorsqu'il parle de ventes accomplies sur des marchés publics.

95. L'idée qui a présidé à la réforme des édiles n'est pas difficile à déterminer. En équité, le vendeur est tenu de livrer la chose dans un état de perfection suffisant pour qu'elle puisse remplir le but de l'acheteur. Or, le vendeur peut être tenté de se soustraire à cette obligation par tous les moyens possibles ; il importe donc d'en assurer l'exécution par des voies de coercition énergiques. C'est dans ce but que les édiles ont créé les deux actions redhibitoire et estimatoire.

96. Qu'on ne soit pas surpris de cette dualité de moyens ; elle n'a rien que de très naturel et de très justifié, puisqu'elle donne à l'acheteur deux ressources distinctes, dont l'emploi ne se confond point.

L'*action redhibitoire* est un moyen de résolution. Par son exercice, l'acheteur restituera la chose et ses accessoires à l'effet d'obtenir du vendeur le prix que celui-ci a reçu. Le contrat se trouve ainsi rétroactivement résolu.

L'*action estimatoire* ou *quanti minoris*, car elle est désignée indifféremment sous l'un ou l'autre nom, a une destination toute différente. Il ne s'agit plus d'une action en résolution, mais bien d'une action en dommages-intérêts. L'acheteur conserve la possession de la chose vicieuse ; on se contente de l'estimer à sa valeur actuelle, et l'on oblige le vendeur à restituer à son cocontractant la différence entre cette valeur et le prix versé, différence qui représente le préjudice causé à l'acheteur.

Il y a là, on le voit, une création de nature absolument originale, et c'est l'un des principaux mérites des actions édilitiennes, dont nous allons maintenant chercher les caractères juridiques.

97. Le premier caractère ne saurait nous arrêter : il s'agit d'actions *honoraires;* tout ce que nous venons de dire nous dispense d'insister en aucune manière sur ce point.

En second lieu, ces actions sont *accessoires;* elles existent parallèlement aux actions du droit civil, action *ex empto* et action *ex stipulatu*. Leur coexistence se justifie d'ailleurs pleinement par la différence d'intérêts qu'elles présentent. Nous aurons occasion de faire ressortir cette distinction dans un parallèle entre les différentes actions auxquelles donnent naissance les vices de la chose vendue.

98. En troisième lieu, ces actions sont *temporaires.*

Celles qui dérivent du droit honoraire sont en général limitées à la durée des fonctions du magistrat qui les accorde, c'est-à-dire, à une année. Mais il y avait, ainsi que nous l'avons dit, des actions édilitiennes qui étaient perpétuelles. Par contre, les actions rédhibitoire et estimatoire contiennent une dérogation au principe, mais en sens contraire. Le délai pendant lequel il est possible de les exercer varie suivant les circonstances, mais il n'est pas nécessairement d'une année.

Seule, l'action estimatoire, dont les conséquences étaient moins graves que celles de l'action redhibitoire, était en général donnée pour ce délai ; dans certaines hypothèses, elle se trouvait réduite à six mois, mais c'est au cas où cette action était donnée à raison de l'absence des promesses exigées de la part du vendeur. (Frag. 28,

De ædi. edict.) Mais c'est là une hypothèse exceptionnelle et le plus souvent l'action estimatoire dure une année. Le fragment 19, § 6 de notre titre, nous apprend qu'il s'agit là d'une année utile.

Quant à l'action rédhibitoire, on s'attachait à la gravité même du résultat qu'elle entraîne pour en limiter l'exercice, au moins au point de vue du temps. Cette action était donnée en général pour six mois utiles (même texte); mais dans le cas spécial où l'action *quanti minoris* était réduite à six mois, l'action rédhibitoire ne pouvait plus être exercée que pendant deux mois seulement. (Frag. 28, *De æd. edict.*) Il s'agit aussi de délais utiles.

99. Nous devons, en outre, faire connaître le point de départ de ces délais. Le principe est qu'ils commencent à courir au jour de la vente. C'est à partir de ce jour que l'acheteur a pu s'apercevoir des vices de la chose et c'est à partir de ce moment qu'il a pu agir. Il en serait ainsi, même s'il est intervenu une stipulation de garantie postérieurement à la vente. (Frag. 20. Dig. *De æd. edict.*). Il en serait ainsi *a fortiori* si la stipulation a eu lieu auparavant. On apporte, néanmoins, un tempérament à cette règle en décidant que si l'"acheteur n'a pu connaître le vice de la chose, le délai ne courra point. Mais on ne saurait suspendre le délai pour une ignorance inexcusable *propter dissolutam ignorantiam*. (Frag. 55. Dig. *De ædil. edict.*)

Cette doctrine se trouve confirmée dans un rescript de Gordien. (Const. II, Code *de ædil. action.*)

100. Ces actions enfin sont personnelles et de bonne foi, car elles naissent d'un contrat consensuel.

L'action estimatoire est incontestablement *rei persecuto-*

ria, mais on est assez embarrassé pour déterminer le caractère de l'action rédhibitoire en présence du fragment 45, *de œdil. edicto*, qui nous dit que le vendeur qui ne s'est pas acquitté des restitutions par lui dues est obligé de payer le double. Il s'agit probablement d'une action arbitraire, puisque c'est une condamnation qui suit l'inexécution de la sentence ; néanmoins elle doit être considérée comme *rei persecutoria*.

Au surplus, nous reviendrons sur le montant de cette condamnation.

101. Le vendeur se trouve donc avec quatre actions différentes pour la garantie des vices cachés.

Or, chacune de ces actions lui offre des avantages spéciaux et aucune ne paraît être surperflue.

Nous devons d'abord mettre en opposition l'action *ex empto* et l'action *redhibitoria*. Cette dernière a un effet résolutoire plus complet que la première, dont le but principal est au contraire l'exécution même du contrat. L'action *empti* ne permettrait jamais de faire résoudre le contrat, dans le cas où le vendeur n'est coupable d'aucun dol, mais seulement dans le cas contraire, et *officio judicis*. (Paul, II, 17, 6.) L'action rédhibitoire, au contraire, est donnée au cas où le vendeur a fait, même de bonne foi, une déclaration inexacte. Par contre, l'action *empti* offre cet avantage qu'elle est perpétuelle, tandis que l'action rédhibitoire est temporaire.

Notons que ces deux actions se différencient également de l'action *quanti minoris* et de l'action *ex stipulatu*, qui ont pour but unique de procurer à l'acheteur une indemnité du préjudice causé. Comparées entre elles, ces deux actions offrent des avantages distincts ; l'indemnité obtenue par l'exercice de l'action *ex stipulatu* est déterminée

à l'avance. Il s'agit d'une action en double. Celle de l'action *quanti minoris* est au contraire variable, et il peut être, dans certains cas, plus avantageux de l'exercer.

Au point de vue de la durée, il est probable que l'action *ex stipulatu* devait être annale comme l'action estimatoire, et il est peu vraisemblable que les édiles, en l'admettant pour les vices cachés, lui aient attribué un caractère de perpétuité qui cadrerait mal avec la théorie appliquée.

Si nous comparons maintenant les actions de chaque groupe les unes avec les autres, nous constaterons d'abord que l'action *ex empto* a certains avantages sur l'action *quanti minoris*, en ce qu'elle fait obtenir à l'acheteur une indemnité plus complète (Const. I, Code *de æd. act.*); de plus, elle est perpétuelle. Cependant on peut supposer que la diminution apportée à la valeur de l'esclave par l'existence des vices rédhibitoires soit supérieure au préjudice qu'ils peuvent lui causer, et dès lors il y aurait avantage à intenter l'action *quanti minoris*. D'autre part, l'action *ex empto* ne pouvait être exercée qu'une seule fois, tandis que l'action *quanti minoris* pouvait être renouvelée chaque fois qu'on découvrait un nouveau vice. C'est d'ailleurs une différence qui existait également entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire (Frag. 31, § 16. Frag. 48, § 7, *de æd edict.* — Frag. 32, § 1, *de evict.*). Nous n'avons pas besoin d'insister sur les distinctions qu'on peut établir entre ces deux dernières actions au point de vue du résultat et des délais qui leur sont attribués. Ces différents points ressortent suffisamment de tout ce nous avons dit.

§ 3. — *Des autres actions édilitiennes.*

102. Les édiles avaient, ainsi que nous l'avons constaté, créé un grand nombre d'actions qui ne nous sont pas parvenues. Aussi ne pouvons-nous en indiquer ici que trois dont nous trouvons au Digeste des traces plus ou moins manifestes.

103. On a prétendu trouver dans la constitution I, au Code *de ædilitiis actionibus*, la révélation d'une action en indemnité particulière pour le cas où un vendeur a caché certains vices par dol.

Il s'agit d'un rescript d'Antonin décidant, conformément aux règles anciennes « *ut jampridem placuit* », que si un vendeur ayant un esclave vicieux a dissimulé par dol ses vices à l'acheteur, ce dernier pourra réclamer au vendeur non seulement le prix, mais encore des dommages-intérêts.

Or, peut-on dire, il ne s'agit pas ici d'une action rédhibitoire, puisqu'on paie des dommages-intérêts ; il ne s'agit pas davantage d'une action estimatoire, puisqu'on restitue le prix. C'est donc une troisième action d'une nature différente et plus large que les deux autres.

Nous ne pensons pas qu'on puisse trouver dans ce texte la révélation d'une action nouvelle, et nous croyons qu'Antonin a voulu rappeler simplement une application de l'action *ex empto*. Cette action, en effet, qui naît du contrat lui-même, est par excellence une action de bonne foi et doit produire des effets très étendus dans le cas de dol de la part de celui contre qui elle est exercée. Le juge, dans ce cas, a la liberté la plus complète d'appliquer les principes de l'équité ; la solution d'Antonin rentre incon-

testablement dans les pouvoirs du juge de l'action *ex empto*.

Nous pouvons donc conclure de là à la non-existence de cette action particulière.

104. Mais nous ne donnerons pas la même solution en ce qui touche une action *in factum* d'une nature spéciale, prévue par le fragment 31, § 17, à notre titre. Ulpien se place dans l'hypothèse où un acheteur, ayant reconnu que l'esclave vendu était vicieux, l'a restitué au vendeur qui l'a repris sans protester. Les édiles, pour cette hypothèse, donnaient à l'acheteur une action *in factum*, afin d'obtenir la restitution de son prix.

Dans ce cas, on accordait le prix sans rechercher s'il existait ou non des vices rédhibitoires ; cela paraît absolument équitable, puisque l'acceptation du vendeur peut être considérée comme un aveu. « *Iniquum est enim* » *posteaquam venditor agnovit, recipiendo mancipium,* » *esse id in causa redhibitionis, tunc quœri, utrum de-* » *buerit redhiberi, an non debuerit.* »

De même que, la restitution une fois opérée, on ne s'inquiète pas de la question de savoir si elle a été faite pour des causes valables, de même le juge n'aura pas à rechercher si la chose a été rendue dans les délais d'exercice de l'action rédhibitoire. Ce point est également indifférent. (Frag. 31, § 17, *de æd. edict.*)

La seule condition exigée pour l'exercice de cette action est donc la restitution. Mais c'est une condition stricte. La restitution doit avoir été effective, elle porte sur la chose et tous ses accessoires : l'esclave avec son pécule, le cheval avec son harnais, etc.... Aussi les jurisconsultes décidaient-ils que l'accord des parties sur la restitution n'autorisait pas l'acheteur à réclamer son prix, tant que la

chose n'était pas rendue. « *Conventio ergo de redhibendo « non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio.*» (Frag. 31, § 18 et 19, *de æd. edict.*)

La convention qui a pour objet la restitution de la chose vendue et le droit d'en réclamer le prix constitue, à proprement parler, un contrat innommé. Ce contrat à la vérité n'est pas sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, mais par une action *in factum*, d'une nature particulière. Cela ne l'empêche pas de rester soumis aux règles juridiques sur ces contrats. Or, on se souvient qu'Ariston, déterminant la *causa civilis obligationis*, l'avait trouvée dans l'exécution du contrat accomplie par l'autre partie. Il ne saurait donc y avoir d'action pour réclamer l'exécution de l'obligation du vendeur, c'est-à-dire la restitution du prix, si l'acheteur n'a lui-même rendu la chose.

105. La vente, en droit romain, était souvent accompagnée d'une clause spéciale, le *pactum displicentiæ*, à l'occasion duquel les édiles accordaient encore une action particulière.

Ce *pactum displicentiæ* consistait dans une condition résolutoire potestative, établie au profit de l'acquéreur. Ce dernier est convenu que, si dans un délai plus ou moins long la chose a cessé de lui plaire, la vente se trouvera résolue. (Frag. 3. Dig. *de contrah. empt.* Frag. 2, § 5, *pro empt.*)

On comprend que ce pacte pouvait répondre aux besoins que la législation édilitienne avait pour objet de prévoir et, à part la nécessité d'une stipulation expresse, il présentait même cet avantage de ne pas obliger l'acheteur à la preuve des vices.

Aussi ne sera-t-on pas surpris d'apprendre que les édiles l'aient sanctionné et réglementé. A la vérité, ce

pacte trouvait déjà sa garantie dans l'action *ex empto;* mais les jurisconsultes n'étaient point d'accord sur la manière dont elle devait être donnée : Paul soutenait que dans l'hypothèse il s'agissait d'une action directe, et Sabinus, au contraire, en faisait une action utile. L'action édilitienne *in factum* devait faire cesser toute difficulté.

Les édiles, tout en sanctionnant le droit de l'acquéreur, ont réglé son exercice. C'est ainsi qu'on limita à soixante jours le délai pendant lequel il pouvait exercer son option. Toutefois, cette règle ne s'appliquait que dans le silence des parties, et on leur reconnaissait parfaitement le droit soit d'étendre le délai, soit de n'en pas fixer du tout, pourvu qu'elles se soient formellement expliquées à cet égard. « *Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat,* » nous dit Ulpien, *puto hanc conventionem valere.* » (Frag. 31, § 22. Dig. *de æd. edict.*)

Mais dans l'application de ce délai, il faudra prendre en considération les circonstances qui auraient pu empêcher l'acheteur d'agir en temps utile. C'est ainsi que si le vendeur s'est laissé constituer en demeure, s'il est absent, ou s'il s'est produit tout autre obstacle à la restitution, le droit d'option ne sera point perdu par la seule échéance du terme. Le juge conservera dans ce cas un pouvoir discrétionnaire pour appliquer les règles de l'équité. (Frag. 31, § 23, *de æd. edict.*)

106. Quelle est la nature de l'action accordée dans ce cas par les édiles?

Les textes qualifient de *redhibitio* l'acte de l'acquéreur qui restitue la chose vendue, et si nous nous en référons à la constitution 4, au Code *de ædilitiis actionibus*, il semble bien qu'il s'agissse de l'action redhibitoire, « *et*

» *redhibitoriam actionem adversus venditorem competere* » *palam est.* »

Pourtant, cela ne nous paraît pas exact. Nous verrons en effet que l'exercice de l'action rédhibitoire est soumis à une réglementation sévère et à un certain nombre de conditions préalables. Or, le *pactum displicentiæ* comporte une application beaucoup plus large. L'action rédhibitoire est donnée pour six mois au plus, l'option dans le *pactum displicentiæ* peut être perpétuelle ; il existe donc, entre l'action accordée pour ce pacte et l'action rédhibitoire, des différences assez sensibles pour que nous puissions dire qu'elles ne se confondent pas.

Pour nous, il y a là encore une action *in factum*, distincte de la précédente, et créée spécialement pour la circonstance. Cette opinion trouve d'ailleurs sa confirmation dans le fragment 31, § 22, que nous avons déjà cité, et qui s'exprime ainsi : « Si autem de tempore nihil con- » venerit, *in factum* actio intra sexaginta dies utiles ac- » commodatur emptori ad redhibendum, ultra non. »

107. Nous passons maintenant à une action se plaçant dans une ordre d'hypothèses essentiellement différentes. Il s'agit de la sanction donnée aux quasi-délits édilitiens. On sait que les édiles, conservateurs de la voirie et gardiens de la sécurité publique, avaient dû prendre, dans leurs édits, un certain nombre de dispositions préventives.

Nous trouvons dans l'édit du préteur un certain nombre de règles de même nature. Ce magistrat donnait une action *in factum* contre ceux qui avaient jeté sur la voie publique des choses de nature à provoquer des accidents. La victime pouvait exercer cette action contre le chef de famille de la maison duquel avait été projetée la chose,

et obtenir une condamnation au double du préjudice causé. Si un passant avait été tué, on pouvait même faire prononcer une amende de cinquante *aurei*. (Frag. 1, *Princ. de his qui effuderint vel dejecerint*, IX, 3.) Il s'agissait ici d'une action *in factum*. Cette action était également donnée dans le cas où un objet avait été suspendu au-dessus de la voie publique, et bien qu'il ne fût pas tombé.

Or, les édiles avaient également créé une action *in factum* pour des hypothèses de nature analogue. Les fragments 40, § 1, 41 et 42 de notre titre (*De ædilitio edicto*), relatent le passage de leur édit où cette action était donnée. Nous le transcrivons ici en entier :

« Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, » ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret ani- » mal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis » quo minus damnum inferant, non possint, qua vulgo » iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere, damnumve » dare possit : si adversus ea factum erit et homo liber » ex ea reperierit solidi ducenti ; si nocitum homini libero » esse dicetur, quanti bonum æquum judici videbitur, » condemnetur ; ceterarum rerum, quanti damnum da- » tum factumve sit, dupli. »

On voit par ce texte que l'action est donnée contre toute personne qui a tenu attaché ou non, dans un lieu voisin de la voie publique, un animal nuisible. Celui qui est coupable d'infraction à l'édit peut être condamné, suivant les circonstances, à une amende de deux cents solides, s'il y a eu mort d'homme, ou à une indemnité arbitrée par le juge, s'il y a eu blessure, ou, dans les autres cas, au double du préjudice causé.

On aperçoit immédiatement l'analogie qui existe entre

cette solution et celle qui est donnée par le préteur dans son édit, dont voici les termes :

« Unde in eum locum, quo volgo iter fiet, vel in quo » consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum » ex ea re damnum datum factumve erit in eum, qui ibi » habitaverit, in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo » liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium » dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum » ob eam rem æquum judici videbitur, eum, cum quo » agetur, condemnari, tanti judicium dabo.. ..» (Frag. 1, *Princ.* Dig. *de his qui eff. vel. dejec.*)

La ressemblance qui existe entre ces deux actions nous ferait croire qu'elles ont une origine commune, laquelle pourrait bien se trouver dans le droit édilitien. Rien de plus vraisemblable que d'attribuer aux édiles une disposition si conforme à la nature même de leurs fonctions, et il est fort possible que nous nous trouvions en présence d'un de ces empiétements si fréquents, de la part du préteur, sur les attributions de ses collègues. Ceci, d'ailleurs, n'est qu'une supposition.

108. Quoi qu'il en soit, nous devons constater que le propriétaire de l'animal, auteur de l'accident, pouvait se libérer de l'action en faisant l'abandon noxal.

Ajoutons que l'action de paupérie, donnée par la loi des Douze-Tables, et réglementée par Justinien, venait compléter la série des moyens donnés contre l'auteur du quasi-délit. Ce dernier se trouvait ainsi soumis à un recours direct de la part de la victime.

109. Telles sont les seules actions édilitiennes dont le droit romain ait conservé le souvenir sous Justinien. A cette époque, l'édilité avait disparu depuis longtemps déjà, mais son œuvre restait toujours. Création impéris-

sable, elle a trouvé place pour quelques-unes de ses parties, dans notre Code civil et dans la plupart des législations modernes.

CHAPITRE VI.

CONDITIONS D'EXERCICE DES ACTIONS REDHIBITOIRE ET ESTIMATOIRE.

110. Nous allons consacrer uniquement la fin de cette étude aux actions rédhibitoire et estimatoire. Ces deux actions sont dignes, entre toutes les autres, de retenir plus longtemps notre attention, et cela pour deux raisons : la première, c'est qu'elles constituent la partie vraiment nouvelle et originale de la législation édilitienne; la seconde, c'est qu'elles présentent encore un intérêt actuel, puisque la théorie dont elles sont l'application a trouvé place dans nos lois.

Nous nous attacherons tout d'abord à déterminer leurs conditions d'exercice, nous verrons ensuite le montant des condamnations qu'elles peuvent entraîner.

SECTION I.

DANS QUELLES CIRCONSTANCES CES ACTIONS SONT DONNÉES.

§ 1. — *A propos de quels contrats.*

111. Il n'est point douteux que l'action rédhibitoire et l'action *quanti minoris* n'aient été créées à l'occasion de la vente. C'est en effet dans les hypothèses où est intervenu ce contrat qu'elles trouvent leur sphère habituelle d'application.

Aussi n'hésiterons-nous pas à dire, avec les textes

mêmes du Digeste, qu'il existe un certain nombre de contrats qui ne leur donnent pas naissance.

Nous pouvons, en premier lieu, citer le louage, qui par sa nature échappe à la juridiction des édiles et qui se différencie de la vente par des caractères très nets. (Frag. 63. Dig. *De æd. edict.*)

Puis nous y joindrons la donation. Il serait en effet essentiellement injuste qu'un donateur fût victime de sa générosité et pût être contraint à indemniser un donataire à l'occasion des libéralités qu'il lui a faites. (Frag. 62. Dig. *De æd. edict.*) Il reste cependant tenu de son dol.

112. Mais devons-nous conclure de là que ces actions ne sont données qu'au seul cas de vente ?

On l'a soutenu et l'on s'est appuyé sur le fragment 63, à notre titre, aux termes duquel « *sciendum est, ad ven-* » *ditiones solas, hoc edictum pertinere...* » C'est, dit-on, surtout en matière de vente que s'exerçait l'action des édiles, et il est rationnel de décider qu'ils n'ont prévu que ce contrat.

Nous ne croyons point qu'il faille interpréter le fragment 63 d'une façon aussi absolue. Ce texte est principalement relatif aux locations. Ulpien nous apprend que l'édit des édiles ne s'applique pas en matière de louage; c'est par opposition à ce contrat qu'il parle des « *vendi-* « *tiones solas* », et non pour exclure tous les autres; il s'agit là d'une simple opposition d'idées.

Et s'il en était autrement, nous serions en droit de dire que l'expression a dépassé la pensée d'Ulpien. Ce même auteur, en effet, nous apprend dans le fragment 19, § 5 de notre titre (v° *Emptorem*), que les actions édilitiennes recevaient leur application au cas d'échange. « Emptorem » accipere debemus eum qui pretio emit : sed, si quis

» permutaverit, dicendum est, utrumque emptoris et » venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto » experiri. » Ce texte nous montre bien que, dans la pensée d'Ulpien, l'exercice des actions rédhibitoires et *quanti minoris* n'est point limité au cas de vente.

Nous pensons même que le texte nous autorise à étendre l'application de ces actions à tous les contrats qui comportent de la part de chaque cocontractant une tradition réciproque. Il en serait ainsi notamment dans les contrats innommés, *do ut des;* nous croyons même qu'elles seraient recevables au cas de *datio in solutum*.

Toutes ces solutions sont en effet conformes à l'esprit de l'édit édilitien.

113. Au contraire, il y a un certain nombre de ventes qui échappent à son application. Ce sont celles qui comportent un aléa quelconque, comme les *emptiones spei,* ou celles qui portent sur une universalité. Ces ventes échappent déjà à la garantie pour cause d'éviction, il doit *a fortiori* en être de même pour les vices rédhibitoires. (Frag. 11, 12. Dig. *De heredit. vend.*, XVIII, 4. — Frag. 2, § 1. Dig. *quarum rerum actio non datur*, XLIV, 5.) C'est ce que démontre le fragment 33 de notre titre. Ce texte est relatif à la détermination de ce que doit livrer le vendeur et il y est parlé des accessoires de la chose vendue. A cette occasion, Ulpien nous dit que la garantie n'est due, d'après le droit édilitien, que s'il s'agit de corps certains. On conçoit, en effet, qu'une vente dans laquelle les parties n'ont pas précisé leurs droits ne puisse donner lieu à restitution ou à indemnité, si l'acheteur n'atteint pas le but qu'il se proposait; toutefois cette solution suppose l'absence de dol de la part du vendeur.

§ 2. — *A propos de quelles choses.*

114. Primitivement, l'édit des édiles n'avait trait qu'aux ventes d'esclaves ; c'étaient celles où les fraudes se produisaient le plus facilement et qui devaient, tout d'abord, attirer l'attention de ces magistrats.

Bientôt l'application de l'édit sortit de ce cadre restreint, et s'étendit à toutes les choses mobilières, en commençant, sans doute, par les denrées alimentaires.

Ce point a fait quelques difficultés, par suite de l'ambiguité du fragment 48, § 8 de notre titre. Pomponius s'y exprime en ces termes : « *Simplariarum* venditionum ne » causa sit redhibitio, in usu est. » L'action rédhibitoire, et sans doute aussi l'action estimatoire, ne sont point admises à l'occasion des ventes qui ont pour objet les *simplariæ*. Or, on n'est pas d'accord sur le sens de cette expression. Les uns la traduisent par denrées alimentaires ; d'où ils concluent que l'édit des édiles n'est point applicable aux transactions qui portent sur ce genre de marchandises. Mais cette opinion, tirée d'une étymologie très contestable, nous paraît, en outre, contraire à l'esprit même de la législation édilitienne. Nous avons eu occasion de constater que les édiles avaient, en ce qui touche les marchandises de première nécessité, une mission de police assez importante. Or, comme leur juridiction, en matière civile, est toujours née de leurs attributions relatives à la répression des infractions, nous sommes naturellement conduits à conclure qu'ils étaient compétents pour juger des ventes relatives aux denrées alimentaires.

Aussi préférons-nous l'opinion de ceux qui traduisent « *simplariæ* » par « objets, choses de peu de valeur. »

Cette signification se présente plus naturellement à l'esprit, et il ne paraît pas douteux qu'il s'agisse, dans notre texte, du génitif pluriel de *simplaria*, *simplariæ*, qu'on interprète toujours dans ce sens.

Au surplus, il paraît démontré par un autre texte que la règle « de minimis non curat prætor » convenait également bien aux édiles, et que ceux-ci n'avaient égard qu'aux transactions portant sur des choses d'une certaine valeur. (Frag. 37, § 1, *De evict.*)

115. Ce n'est pas seulement aux *res mobiles* que s'appliquait l'édit, c'est encore aux *res soli*. Labéon écrit, en effet, « edictum ædilium curulium de venditionibus rerum » esse *tam earum quæ soli sint*, quam earum quæ mobi- » les aut se moventes. » Malgré la tournure un peu inattendue de cette formule d'Ulpien, il semble bien certain que le progrès réalisé a été d'étendre l'édit des choses mobilières aux immeubles, et non en sens inverse des biens fonds aux meubles. (Frag. 1. *Princ. de æd. edict.*) Ce progrès a dû être opéré par la jurisprudence des édiles, et cela par une extension bien légitime, « nam, ut ait » Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum intro- » ductum est, bona occasio est, cetera, quæ tendunt ad » eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certo juri- » dictione suppleri. » (Frag. 13. Dig. *De legibus*, I, 3.) Cependant, il est probable que cela devait donner lieu à certaines difficultés en ce qui touche la détermination des vices, on en trouve des traces chez les commentateurs.

116. L'exercice des actions rédhibitoire et estimatoire n'est point seulement fondé sur les vices de la chose qui a fait principalement l'objet du contrat; il peut encore se produire à raison des accessoires mêmes de cette chose.

Si ceux-ci ne remplissent pas les conditions de l'édit,

il peut y avoir lieu à exercer les actions édilitiennes, comme s'il s'agissait de la chose principale, à la condition, toutefois, que ces accessoires soient des corps certains. (Frag. 32 et frag. 33, *De œdil. edict.*)

Par accessoires, nous entendons tout ce qui, dans le contrat, accompagne nécessairement la chose vendue; par exemple, si l'on vend un fonds de terre, les esclaves attachés à son exploitation; s'il s'agit d'un esclave, le pécule qu'il peut avoir amassé; un cheval et le harnais qu'il porte habituellement, etc.....

Bien que la qualité d'accessoire dépende de la volonté des parties, et de la détermination qu'il leur aura plu de faire, cette volonté ne pourra pas être illimitée. C'est ainsi qu'on ne saurait admettre, *propter dignitatem hominum*, qu'un esclave puisse être considéré comme l'accessoire d'une chose de moindre valeur. Il serait ridicule, déclare Paul, de faire d'un bien-fonds l'accessoire d'une tunique. Aussi le juge aura-t-il en cette matière un pouvoir d'appréciation assez étendu. (Frag. 44, *De æd. edict.*)

Nous sommes désormais fixés sur les circonstances où peuvent naître nos deux actions; nous allons voir maintenant à qui et contre qui elles sont données.

SECTION II.

A QUELLES PERSONNES ET CONTRE QUELLES PERSONNES ELLES SONT ACCORDÉES.

117. Le fragment 19, § 5 de notre titre, qui contient un passage de l'édit, nous apprend que les édiles accordaient les actions rédhibitoire et estimatoire à l'acquéreur et à ses successeurs universels : au surplus, nous comprenons, parmi ces derniers, ceux qui succèdent en vertu du

droit civil, comme ceux qui succèdent par une faveur du droit prétorien. (Frag. 70, § 1. Dig. *De verb. signif.* I, 16.)

On ne prend, d'ailleurs, presque jamais en considération la personnalité du vendeur pour restreindre la théorie dans son application.

Le pupille même dont les biens ont été vendus ne saurait échapper aux poursuites que peut faire naître l'existence d'un vice. On a considéré que, dans ce cas, il était moins digne de protection que l'acheteur. (Frag. 1, § 5. Dig. *De æd. edict.*)

Il en est de même des ventes publiques faites par l'État, à moins que le vendeur ne soit le fisc, le trésor impérial. (Frag. 1, §§ 3 et 4. Dig. *De æd. edict.*)

Les marchands d'esclaves avaient coutume de former des associations pour l'exercice de leur commerce. Or, le discrédit jeté sur leur profession par les procédés peu honnêtes qu'ils avaient l'habitude d'employer mettait singulièrement en défiance contre eux tous les magistrats et les juges; « nam id genus hominum ad lucrum » potius, vel turpiter faciendum pronius est », remarque Paul.

Aussi ne sera-t-on pas surpris des mesures défavorables que dictait contre eux l'opinion publique.

C'est ainsi que, lorsqu'un citoyen se portait acquéreur d'un esclave, vendu par une de ces associations, il pouvait s'adresser à celui des associés qu'il lui convenait de choisir, sans être jamais astreint à diviser son action entre eux.

Les principes applicables à la matière des sociétés permettaient, à la vérité, de diviser les actions pour les exercer contre chaque associé pour sa part proportionnelle; mais les édiles avaient considéré que cette division

créait une entrave aux droits de l'acheteur. Aussi lui permet-on d'exercer son action indivisément contre celui qui a pris la part la plus active au contrat, et aussi sans doute contre les autres. Mais ce droit exceptionnel ne s'appliquait qu'aux actions rédhibitoire et estimatoire. (Frag. 44, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

118. La qualité du vendeur pouvait contraindre de donner aux actions édilitiennes la forme des actions *adjecticiæ qualitatis*. On peut supposer, en effet, que le vendeur soit un esclave ou un fils de famille. Or, on sait que ces personnes ne pouvaient qu'accroître le patrimoine du père, et restaient incapables de le diminuer en contractant des obligations à sa charge. Cela nous conduit à cette conséquence, que, si le fils ou l'esclave ont vendu une chose vicieuse, le père ou le maître ne sauraient être tenus des actions édilitiennes ; mais ce résultat injuste a été corrigé par l'introduction des actions indirectes.

Le préteur avait, en effet, créé un certain nombre de formules pour recourir contre le père ou le maître, dans le cas d'obligation contractée pour eux, par leurs fils ou leurs esclaves. Ces actions sont données dans des hypothèses déterminées : si le fils ou l'esclave ont agi d'après un ordre exprès, *quod jussu ;* si le père ou le maître ont placé leur fils, leur esclave ou même un homme libre à la tête d'un commerce terrestre ou maritime ; si le fils ou l'esclave ont un pécule ; si le père ou le maître ont fait un certain profit, etc.

Dans ces différends, le prêteur donne l'action civile ou prétorienne, née de la convention, en lui faisant subir une certaine modification, pour l'approprier à la circonstance. Ces actions, ainsi modifiées, recevaient le nom d'*actiones adjecticiæ qualitatis* et, suivant les circonstances, on les

nommait plus spécialement actions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso*.

Or, pour exercer les actions redhibitoire et estimatoire contre un père ou un maître, il était nécessaire d'employer un des moyens inventés par le prêteur. Le fragment 23, § 4, à notre titre, nous fournit un exemple de ces actions sous la forme *de peculio*. Le texte va plus loin et, parlant de ceux qui peuvent les exercer, il déclare que ce droit appartient même aux personnes en puissance, comme seraient les filles de famille ou les femmes esclaves. « Di» cendum est eorum quoque nomine *qui in aliena potes*» *tate sunt*, competere : proinde et si filia-familias, vel » ancilla distraxit, æque dicendum est actiones ædilitias » locum habere. » Cette solution pourra paraître exorbitante si l'on tient seulement compte des principes généraux du droit romain; mais il faut considérer qu'il s'agit ici d'actions nées d'un contrat, bien qu'elles puissent avoir parfois un caractère pénal, et surtout d'actions soumises avant tout aux règles de l'équité.

Les mêmes principes s'appliquent si la vente a été faite par un homme libre pour le compte d'un autre, ou par l'esclave d'autrui pour celui qui le sert de bonne foi. (Frag. 23, § 6. Dig. *De æd. edict.*)

119. Mais les actions édilitiennes peuvent encore appartenir à une autre catégorie de personnes; nous voulons parler des fidéjusseurs de l'acheteur. Par une juste réciprocité, nous permettrions de l'exercer contre les fidéjusseurs du vendeur, à la condition qu'ils aient cautionné celui-ci pour toute son obligation et sans aucune espèce de réserve. (Frag. 56. Dig. *De æd. edict.*)

120. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, les actions édilitiennes se transmettent aux héritiers de l'acheteur et

peuvent être exercées contre ceux du vendeur. Mais nous devons rechercher dans quelles conditions s'opère cette transmission.

Nous supposons, bien entendu, que les délais pour exercer l'action ne sont pas encore écoulés. Nous devons alors distinguer deux hypothèses :

a) Les héritiers de l'acheteur en présence du vendeur;

b) L'acheteur en présence des héritiers du vendeur.

a) C'est l'acheteur qui est décédé dans les délais utiles; il laisse des héritiers. Ceux-ci, s'ils veulent profiter des actions édilitiennes, doivent se mettre d'accord pour le faire tous et en général par un même mandataire. Il y a, en effet, un intérêt capital pour le vendeur à ce que son action ne soit pas divisée; car il pourrait être condamné vis-à-vis de l'un à reprendre la chose, et vis-à-vis de l'autre à payer l'indemnité de l'action estimatoire. Donc, de la part des héritiers de l'acheteur, ces actions sont indivisibles. (Frag. 31, § 5. Dig. *De æd. edict.*)

Nous pouvons dire de suite qu'il en serait de même si nous nous trouvions en présence de plusieurs acheteurs d'une même chose, ou de l'esclave de plusieurs maîtres ayant acquis une chose pour les uns et les autres. (Frag. 31, § 7. Dig. *De æd. edict.*)

Nous ferons exception, cependant, pour le cas où chaque acheteur a acquis divisément sa part. Il est évident qu'alors il pourra agir seulement pour sa part, et la considération du vendeur ne saurait nous arrêter, puisqu'il s'est volontairement créé la situation qui lui est faite. (Frag. 31, § 10, v° *si tamen*. Dig. *De æd. edict.*)

b) Nous supposons maintenant l'acheteur en présence des héritiers du vendeur. Alors l'action sera divisible et l'acquéreur devra l'exercer contre chacun proportionnel-

lement à sa part héréditaire; le principe est donc dans ce cas celui de la divisibilité. C'est conforme au droit commun.

Aussi appliquerons-nous également cette règle au cas où une seule personne a acheté une ou plusieurs choses. de deux vendeurs ou plus. Cette solution ne serait pas la même si les vendeurs étaient liés par la corréalité ou la solidarité; l'action pourrait alors être intentée pour le tout contre chacun d'eux. (Frag. 31, § 10, v° *si venditori*. Dig. *De aed. edict.*)

Le fragment 31, § 6, est relatif à une hypothèse particulière. Dans le cas où l'esclave est mort, ou dans celui où il a été volontairement restitué, l'action *in factum* qui est accordée est-elle ou non divisible? Ulpien répond qu'alors l'action est toujours divisible. Les héritiers de l'acheteur ou les acheteurs pourront poursuivre le vendeur, chacun pour leur part dans le prix et les intérêts à restituer. Inversement le vendeur pourra poursuivre chacun pour les détériorations dont ils sont tous responsables. Il en serait autrement pour le cas d'indivisibilité dans l'obligation d'indemniser le vendeur. (Frag. 31, § 6. Dig. *De aed. edict.*)

SECTION III

DES CAUSES QUI FONT NAITRE CES ACTIONS.

121. Cujas (*Paratitla*, livre XXI, t. I, *Opera*, t. I p. 676) nous apprend que les actions rédhibitoire et estimatoire naissent de trois causes : *ex reticentia*, *ex dicto promissove et quod aedilitiis stipulationibus non caveatur emptori*. Le silence du vendeur, les promesses qu'il a pu faire hors des termes de l'édit ou le défaut de celles qui y sont

prescrites entraînent également l'exercice de ces actions.

Mais ces trois causes peuvent en réalité se ramener à deux, que nous allons successivement étudier : d'abord, l'hypothèse exceptionnelle où un vendeur ayant affirmé l'existence de certaines qualités qui ne se sont pas rencontrées dans la chose ; ensuite le cas, de beaucoup le plus commun, où la chose vendue est vicieuse dans les conditions prévues par l'édit.

§ 1. — *Promesses de qualités.*

122. Gaïus (Frag. 18, § 2. Dig. *De aed. edict.*), qui a fait, comme Ulpien, un traité sur l'édit des édiles curules, nous apprend que le vendeur d'esclaves qui a promis à l'acheteur certaines qualités est responsable de toute affirmation inexacte.

Ulpien tient le même langage dans le fragment 17, § 20, de notre titre.

123. Il importe ici de se mettre en garde contre une confusion. Nous avons eu occasion de dire que la constitution première du contrat de vente comportait, de la part du vendeur, un certain nombre de déclarations expresses relativement aux qualités ou aux défauts de la chose vendue. L'inexactitude de ces déclarations donnait lieu à l'action du contrat, à l'action *empti*.

Nous sommes ici dans une hypothèse différente ; il s'agit de l'application des actions édilitiennes. Ces actions peuvent être exercées si le vendeur a trompé l'acheteur par des promesses sur la foi desquelles ce dernier a traité, et qui se sont trouvées contraires à la vérité. « Hi enim, » quia quod asseverarunt, non prestant, adversus dictum, » promissumve facere videntur. » Et les deux auteurs nous donnent des exemples : le vendeur a promis que

l'esclave était dur à la fatigue, laborieux, agile, vigilant, etc...., et il était en réalité mou, paresseux, dormeur ; ou bien encore on a assuré qu'il avait quelques talents, et cela n'était pas vrai. Dans tous ces cas, l'acheteur pourra restituer l'esclave pour avoir le prix ou demander une indemnité.

124. Mais il est un point qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est la manière dont la qualité a été affirmée. Ulpien distingue trois degrés dans cette affirmation. Il y a d'abord le *dictum* « quod verbo tenus pronunciatum est, » nudoque sermone finitur, » cela reste sans effets en ce qui touche les actions édilitiennes ; on ne saurait s'attacher à des déclarations faites plus ou moins à la légère par les marchands, qui cherchent à faire valoir leur marchandise et non à s'engager. « Ea autem sola dicta, » sive promissa admittenda sunt, quæcumque sic dicun- » tur, ut præstentur, non ut jactentur. » (Frag. 19, § 1, *De ædil edict.*). Puis il y a les « *promissa* ». Ulpien les distingue en deux catégories : « promissum autem potest » referri et ad nudam promissionem, sive pollici- » tationem, vel ad sponsum. » La pollicitation expresse peut avoir été pure et simple, ou bien accompagnée d'une stipulation. Dans le premier cas, elle est seulement sanctionnée par les actions édilitiennes ; dans le second, elle donne naissance à la *condictio* et *a fortiori* aux actions rédhibitoire et estimatoire. (Frag. 19, § 2. Dig. *De ædil. edict.*)

Les promesses du vendeur n'étaient donc sanctionnées que lorsqu'elles présentaient un caractère sérieux et qu'elles dénotaient, de la part de celui-ci, l'intention bien évidente de s'obliger à fournir une chose ayant les qualités promises. « Multum interest, commendandi causa

» quid dixerit, an vero præstaturum se promiserit quod » dixit. » (Frag. 19, *princ.* Dig. *De œdil. edict.*)

Mais il ne faudrait pas croire que tout ce verbiage de vendeur, qui « fait l'article », puisse cependant rester sans conséquence dans certaines hypothèses. Il pourra arriver, en effet, qu'il constitue véritablement des manœuvres dolosives. L'acheteur, trompé par les louanges que son co-contractant prodigue à sa marchandise, a traité de confiance et s'est vu dupé. Alors, il n'y aura pas lieu aux actions édilitiennes ou *ex stipulatu*, mais bien à l'action de dol, qui permettra de réparer le préjudice causé à l'acheteur. (Frag. 37. Dig. *De dolo malo*, IV, 3.)

125. Si nous nous attachons seulement à la promesse qui fait naître les actions édilitiennes, nous dirons que cette promesse doit être appréciée conformément aux règles de l'équité. Le juge aura un pouvoir d'interprétation pour décider dans quelle mesure le vendeur a entendu s'obliger. Notre titre nous fournit à cet égard un certain nombre d'exemples, pour les animaux comme pour les esclaves. (Frag. 38, § 10. Dig. *De œdil. edict.*)

Le vendeur peut tout d'abord avoir annoncé quelle était la profession de l'esclave vendu. Il ne sera pas alors tenu de fournir un esclave d'une habileté supérieure. Il suffira qu'il connaisse son métier d'une façon assez complète pour satisfaire le commun des hommes. Mais le vendeur pourra avoir garanti chez l'esclave un talent particulier; le juge alors se montrera plus sévère. (Frag. 19, § 4. Dig. *De œdil. edict.*) Ulpien applique cette règle à la vente d'un esclave cuisinier: si le vendeur a dit seulement qu'il était cuisinier, il n'y aura pas lieu à rédhibition s'il est de force moyenne; mais s'il a promis qu'il était excellent cuisinier, il doit le fournir d'une

capacité supérieure. (Frag. 18, § 1. Dig. *De aedil. edict.*)

Le vendeur peut aussi avoir déclaré que l'esclave avait un pécule : si modique que puisse être ce pécule, il sera libéré en le livrant avec l'esclave. (Frag. 18, § 2. Dig. *De aedil. edict.*)

Enfin les promesses peuvent avoir porté sur les qualités morales de l'esclave, et c'est alors, surtout, que le juge aura à se préoccuper des règles de la bonne foi et de l'équité. Il ne faudra pas se montrer trop sévère à l'égard du vendeur : « Hæc omnia videntur eo pertinere, ne id » quod affirmaverit venditor, amare ab eo exigatur, sed » cum quodam temperamento. » (Frag. 18, princ. Dig. *De aedil. edict.*) Si l'on a promis un esclave courageux, il ne faudra pas exiger qu'il ait la constance d'un philosophe, ou si l'on a dit qu'il était laborieux, on ne saurait exiger qu'il travaille jour et nuit.

Il est inutile de faire remarquer que ces règles, que les auteurs étudient surtout au point de vue des ventes d'esclaves, s'appliquent également aux autres choses. Cette extension est dans l'esprit même de l'édit.

126. Il existe cependant certaines déclarations de qualités que l'usage avait rendues obligatoires, du moins pour les ventes d'esclaves.

Chaque nation était, en effet, censée posséder des qualités ou avoir des vices particuliers. Aussi, attachait-on une importance spéciale à la connaissance exacte de la nationalité de l'esclave qu'on achetait. Les auteurs mêmes nous apprennent que l'on avait déterminé avec quelque soin les aptitudes ou les défauts de chaque race, et que les acheteurs s'arrêtaient souvent à des considérations de cette nature.

Les esclaves Sardes étaient réputés particulièrement

intraitables ; les Gaulois étaient d'excellents pasteurs, et les Espagnols de fort mauvais. Les esclaves Grecs avaient le goût littéraire très développé, ceux qui venaient d'Asie Mineure étaient employés aux entreprises commerciales etc.....

Aussi les édiles donnaient-ils l'action rédhibitoire pour réparer le préjudice causé à l'acheteur par le silence du vendeur sur la nationalité. (Frag. 31. §2. Dig. *De aed. edict.*)

On attachait aussi certaine importance à la question de savoir si l'esclave à vendre était ancien « *veterator* », c'est-à-dire en esclavage depuis longtemps, ou nouveau « *novitius* ». Certainement les premiers étaient réputés avoir plus d'expérience et de capacité pour remplir leurs fonctions, mais en même temps ils devenaient plus habiles à tromper leurs maîtres et acquéraient des habitudes invétérées, qui pouvaient les rendre indociles. Aussi, en général, préférait-on les nouveaux esclaves, dont la soumission était plus grande. Les marchands, qui le savaient bien, étaient accoutumés à les vendre plus cher ; aussi trouvaient-ils avantage à faire passer tous leurs esclaves pour des *novitii*. Les édiles, pour prévenir ce genre de fraude, obligeaient le vendeur à faire connaître exactement ce qu'était l'esclave proposé. (Frag. 37. Dig. *De aed. edict.*)

Venuleius, en nous enseignant ce qu'on entend par *veterator* et *novitius*, semble contredire légèrement l'explication que nous venons de donner et qui est d'Ulpien. Si l'on s'attachait seulement à ce qu'il nous dit dans le fragment 65, § 2, à notre titre, on pourrait croire que le *veterator* a plus de valeur que le *novitius*. Mais il ne faut pas se laisser tromper par les apparences, et mieux vaut s'en rapporter à l'édit lui-même.

Nous en avons fini avec la première cause qui donne naissance aux actions édilitiennes et nous passons à la seconde.

§ 2. — *Vices redhibitoires.*

127. L'édit ne contient pas de théorie générale des vices rédhibitoires, il procède par voie d'énumération et donne des solutions motivées pour un certain nombre d'hypothèses. Ces solutions, la jurisprudence les a appliquées et étendues par voie d'analogie à d'autres hypothèses. Voilà pourquoi notre titre *de aedilitio edicto* nous présente un ensemble complexe et assez mal ordonné de décisions très diverses. On s'explique, d'ailleurs, assez bien l'absence d'une théorie générale par la manière de procéder qui était habituelle aux jurisconsultes romains, et, dans notre cas particulier, par une impossibilité matérielle. Les vices auxquels s'appliquent les actions rédhibitoire et *quanti minoris* peuvent être considérés soit dans les esclaves, soit dans les animaux, soit dans les choses. Or, ils diffèrent essentiellement, suivant que l'on se place à l'un ou à l'autre de ces trois points de vue.

Aussi nous trouvons-nous dans la nécessité de diviser cette étude des vices rédhibitoires en trois parties, et de les considérer successivement chez les esclaves, chez les animaux et dans les choses.

Article 1. — Chez les esclaves.

128. Malgré la situation infime que la législation romaine a faite aux esclaves, elle n'a pu changer la nature et faire des choses de créatures humaines.

Voilà pourquoi, dans sa partie relative aux vices des esclaves, l'édit est obligé d'établir une distinction capitale,

qui ne se retrouvera pas sur les deux autres points, entre les vices du corps et ceux de l'âme. Pour les premiers, son application est presque générale, pour les seconds, elle est infiniment plus restreinte.

Ces derniers ne sont pas, en principe, garantis par le vendeur. Ils ne donneront donc naissance aux actions édilitiennes que s'ils ont fait l'objet d'une clause spéciale dans la vente ou d'une disposition formelle de l'édit, ou enfin s'ils procèdent d'un vice corporel.

Les vices d'esprit qui sortaient de ces trois catégories ne pouvaient faire naître ni l'action rédhibitoire, ni l'action estimatoire; mais l'action *ex empto* était toujours donnée dans le cas où leur gravité était de nature à léser sérieusement l'acheteur. (Frag. 1, § 11. Frag. 2. Frag. 3 et Frag. 4, *princ.* Dig. *De æd. edict.*)

Aussi les jurisconsultes avaient-ils souvent été appelés à se prononcer sur la question de savoir si tel ou tel vice est une imperfection de l'esprit ou du corps.

C'est ainsi que Vivien, consulté sur le cas d'un esclave exalté et fanatique, qui avait coutume d'aller rendre des oracles autour des temples, déclare qu'il n'y a là qu'un vice d'esprit sans importance et qu'il n'y a lieu à l'exercice d'aucune action, à moins d'une exagération marquée dans cette habitude. (Frag. 1, §§ 9 et 10. Dig. *De æd. edict.*)

De même, si l'esclave est amateur passionné de spectacles et de tableaux, ou s'il est menteur. (Frag. 65, *princ.* Dig. *De æd. edict.*)

129. Mais au contraire les actions édilitiennes s'appliquaient lorsque le vendeur se trouvait dans un des trois cas que nous avons spécifiés.

Nous n'avons pas à insister sur le premier, qui rentre

pour ainsi dire dans le paragraphe précédent : assurer qu'un vice n'existe pas, c'est le plus souvent promettre une qualité.

Mais les jurisconsultes ajoutent qu'il y aura lieu aux actions édilitiennes, si le vice d'esprit provient d'un vice du corps. « Sed si vitium corporis usque ad animum » penetrat, forte si propter febrem loquantur aliena, » vel qui per vicos, more insanorum, deridenda loquantur, » in quo sit animi vitium ex corporis vitio accidit, redhiberi » posse. » (Frag. 4, § 1. Dig. *De æd. edict.*) Il nous semble que Ulpien, auteur de ce fragment, commet une confusion, dans laquelle tombent d'ailleurs les autres jurisconsultes. Ne s'agit-il pas ici d'un vice du corps plutôt que d'un vice de l'esprit, et ne doit-on pas dire que les défectuosités corporelles qui ont une influence sur l'intelligence rentrent dans la première catégorie et non dans la seconde ? Il nous semblerait logique de le décider et de dire qu'en somme ce qu'on appelle ici vice de l'esprit n'est que le symptôme d'un vice du corps. Mais telle n'a pas été la solution des jurisconsultes romains.

130. Il y a enfin certains vices d'esprit qui tombent sous l'application de l'édit, par application d'une disposition spéciale. Le principal, celui qui a préoccupé le plus les édiles et les commentateurs, est le vice de l'esclave qui s'enfuit de chez son maître.

On comprend que les acquéreurs aient attaché une grande importance à la fidélité de leurs esclaves, qualité d'autant plus précieuse qu'elle devait être moins commune. Aussi un esclave qui s'était échappé de chez son propriétaire, ou qui venait à se sauver de chez l'acquéreur, était-il absolument déprécié.

Le vice de l'esclave fuyard était un vice rédhibitoire.

L'esclave qui s'enfuit cause en effet à son maître un grave préjudice, il lui vole sa liberté ! (Frag. 17, § 10. Dig. *De æd. edict.*)

Ofilius définit l'esclave fuyard celui qui abandonne pour s'enfuir la maison de son maître avec l'intention de lui échapper et de se cacher. (Frag. 17, *princ.* Dig. *De æd. edict.*) Si nous décomposons cette définition, nous y trouverons deux éléments : le fait et l'intention.

131. D'abord il faut le fait, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que l'esclave ait fui ou ait tenté de fuir d'une façon non douteuse. L'intention isolée ne suffirait pas, elle échappe en effet à toute appréciation humaine, tant qu'elle ne s'est pas manifestée par des actes extérieurs. (Frag. 225. Dig. *De verb. signif.* L. 16.)

Mais il n'est pas nécessaire que l'esclave ait parachevé l'exécution de sa faute : il suffit d'une tentative bien caractérisée. Il n'en serait pas ainsi dans le cas où l'esclave a fait quelques pas, même en courant, quand il était matériellement impossible qu'il échappât à son maître, qui le suivait. (Frag. 17, § 9. Dig. *De æd. edict.*) Il y a dans ce texte une solution qui rappelle les théories modernes sur la non-culpabilité dans le cas où on a tenté d'accomplir une infraction impossible.

Mais l'esclave sera réputé fuyard toutes les fois qu'il aura tenté une fuite possible ; les jurisconsultes nous donnent sur ce point un certain nombre d'exemples.

Il arrivait parfois que l'esclave, pour se soustraire aux poursuites de son maître, se réfugiait dans un lieu où celui-ci ne pouvait aller le reprendre, soit parce qu'il s'agissait d'un asile religieux, comme la statue de l'empereur, un temple, ou d'un lieu caché, où le maître ne pouvait le découvrir. Il était alors réputé fuyard comme

s'il se fût sauvé à travers la campagne. (Frag. 17, § 13. Frag. 19, § 1. Dig. *De æd edict.*)

Il en était de même lorsque l'esclave, s'enfuyant, avait passé une nuit entière hors de la maison de son maître, même s'il était réfugié chez un affranchi dont la maison était « *sub una clave* » avec celle de son patron. (Frag. 17, § 15. Dig. *De æd. edict.*)

Même solution encore pour l'esclave qui, étant attaché à l'exploitation d'un fonds, a commencé à vagabonder à travers la campagne et se fût enfui définitivement, s'il n'eût été arrêté. (Frag. 17, § 8. Dig. *De æd. edict.*)

132. Le second élément que nous avons constaté est l'intention de s'enfuir. Cet élément est essentiel et principal, on pourrait même dire que l'exécution tentée ou accomplie n'a d'importance que parce qu'elle sert à manifester l'intention : « Fugitivum fere ab effectu animi intel- « ligendum esse, non utique a fuga. » Aussi, devra-t-on rechercher avant tout quel but se proposait l'esclave en prenant la fuite, et ne devrait-on pas déclarer fuyard celui qui a voulu seulement échapper à des voleurs ou se soustraire aux flammes. Il en serait encore ainsi dans l'hypothèse où il aurait été menacé d'un châtiment trop rigoureux. Cette solution s'applique encore au cas où un esclave s'est enfui pour la même cause de la maison de la personne à qui on l'a prêté, à la condition toutefois qu'il soit revenu chez son maître. (Frag. 17, § 3. Dig. *De æd. edict.*)

L'intention doit donc avoir existé et avoir eu pour objet principal la fuite. Ainsi, lorsque l'esclave se sera enfui de chez son maître pour aller demander secours à un de ses amis, il ne serait pas fugitif, même s'il avait eu l'intention de ne pas revenir au cas où le secours lui serait refusé ;

car il aurait fallu que l'intention fût concomitante à la fuite. (Frag. 53, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

On peut encore rappprocher de cette hypothèse celle où un esclave a abandonné la maison de son maître pour se suicider. (Frag 17, § 4, v° *ne eum quidem*, et § 6.)

Le fragment 17, § 6 à notre titre, dont nous venons d'analyser plusieurs parties, nous apprend que Labéon et Cœlius n'imputaient pas le vice dont nous parlons aux esclaves qui n'ont fait qu'user d'un droit. Or, ils nous donnent pour exemple le fait d'un esclave qui s'est refugié dans un temple asile ou auprès de la statue de l'empereur. Mais il importe de remarquer, avec ces auteurs, que l'esclave doit avoir accompli cet acte sans intention de fuir « *non enim fugiendi animo hoc facit* »; ce qui établit une différence tranchée entre cette hypothèse et celle que nous avons examinée ci-dessus avec le paragraphe 15 du même fragment. Dans cette dernière, en effet, l'intention de fuir était bien caractérisée; dans notre hypothèse, au contraire, elle n'existe pas; voilà pourquoi l'esclave n'est pas fugitif.

Mais si l'intention doit être évidente, il n'est pas nécessaire qu'elle soit absolument spontanée; tel esclave qui s'est laissé entraîner par les conseils d'un autre n'en est pas moins fugitif. Tant qu'il aura joui de son libre arbitre, il est rendu responsable de cet acte. Il en est ainsi, même s'il accompagne sciemment dans sa fuite l'esclave auquel il était subordonné, ou même un voleur d'esclaves. (Frag. 43, § 2, et frag. 17, § 7. Dig. *De æd. edict.*)

Une erreur de l'esclave sur sa situation ferait disparaître l'intention. (Frag. 17, § 16. Dig. *De æd. edict.*)

Enfin, dernier caractère que doit présenter l'intention : elle doit avoir eu pour mobile de soustraire l'esclave à

la puissance de celui qui exerçait sur lui des droits légitimes. Par là, nous n'entendons pas seulement le *dominus*, mais encore certaines autres personnes, et, tout d'abord, le possesseur de bonne foi; si l'esclave s'est enfui de chez celui qu'il servait dans ces conditions, il est fugitif, bien qu'il ait appris quel était son véritable maître. Une restriction doit cependant être apportée pour l'hypothèse où il s'est enfui, dans le but de revenir auprès de ce dernier. (Frag. 43, § 3. Dig. *De æd. edict.*) La même solution s'impose pour l'esclave qui s'enfuit de chez le créancier gagiste. Mais s'il s'est échappé pour retourner chez son maître, il en sera autrement. D'ailleurs, il n'y a pas lieu de distinguer si le créancier a ou non exercé ses droits contre son débiteur, il peut être réputé fugitif dans l'un ou l'autre cas. (Frag, 17, § 11. Dig. *De æd. edict.*)

133. Telle est la règlementation sévère que les jurisconsultes avaient établie pour ce vice capital, et tel est le cas que faisait de l'amour de la liberté le peuple le plus libre des temps antiques. Mais ils ne s'en tenaient pas là; les édiles avaient encore prévu et réglementé un autre vice, analogue quoique moins grave. L'esclave *erro* pouvait être l'objet d'une action rédhibitoire; cet esclave est celui qui ne cherche qu'à se soustraire temporairement à son maître « qui non quidem fugit, sed frequenter sine » causa vagatur, et, temporibus in res nugatorias con- » sumptis, serius domum redit. » (Frag. 17, § 14. Dig. *De æd. edict.*)

134. Ce ne sont point là les seuls vices d'esprit qui aient été prévus par l'édit. Bien que nous en ignorions exactement le nombre, nous pouvons dire que tous dérivaient de cette idée que l'acheteur se trouvait dans l'impossibilité de retirer de l'esclave les services attendus.

C'est bien ce que semble dire Ulpien, dans le fragment 4, § 3, à notre titre, et c'est ce que confirment encore différentes applications que nous nous contentons d'indiquer ici. L'action de l'édit était donnée si l'esclave, poussé par des remords, avait tenté de se suicider (Frag. 23, § 3, et frag. 43, § 4. Dig. *De æd. edict.*), ou bien encore s'il s'est rendu coupable d'un crime capital. (Frag. 23, § 2. Dig. *De æd. edict.*)

135. Ceci nous amène à parler d'un vice d'une nature toute particulière, vice qui se rapproche plus de ceux de l'esprit que de ceux du corps, bien que différant assez sensiblement des premiers. Ce vice, qu'on pourra qualifier de juridique, affecte l'esclave *noxa non solutus*.

Il avait spécialement attiré l'attention des édiles et comptait parmi ceux qui donnaient naissance aux actions rédhibitoire et estimatoire. Aussi devons-nous en dire quelques mots.

On sait que le maître, en vertu des principes sur les actions noxales, peut être poursuivi pour les actes illicites accomplis par son esclave en dehors même de toute participation active de sa part. Lorsque l'action noxale, née à l'occasion du délit ou du quasi-délit, venait à être exercée, il pouvait s'y soustraire par voie d'abandon noxal de l'esclave.

Or, si l'esclave a changé de maître depuis le délit, l'action n'est plus donnée contre l'ancien maître, mais contre le nouveau. C'est ce qu'on entend exprimer par l'adage : « *noxa caput sequitur.* » (Gaïus, IV, 77. Justinien, *Inst. de noxalibus actionibus*, § 5.) Lors donc qu'une personne venait à acquérir un esclave, passible d'un délit ou d'un quasi-délit, elle se trouvait, par là même, soumise à l'exercice de l'action en réparation. Cela était d'autant

plus dangereux, que rien ne venait révéler cette particularité.

Si l'on s'était exclusivement placé au point de vue des conséquences de cette situation, on aurait pu considérer que l'acquéreur se trouvait menacé d'éviction, puisqu'il était mis en demeure d'opérer l'abandon noxal; mais les édiles s'étaient placés à un autre point de vue, et décidaient que l'esclave *noxa non solutus* était atteint d'un vice rédhibitoire. En conséquence, cette hypothèse rentrait dans les prévisions de l'édit, et l'action était donnée dans le cas où il s'agissait d'une responsabilité civile ou d'une responsabilité pénale. (Frag. 17, §§ 18 et 19. Dig. *De æd. edict.*)

136. Il est vrai de dire que les vices rédhibitoires sont l'exception quand ils portent sur l'esprit, il faut formuler la règle contraire lorsqu'il s'agit du corps.

Les édiles avaient, en effet, considéré que, l'esclave étant destiné surtout à un travail matériel, ces derniers avaient une importance plus grande que les autres.

Ils donneront donc naissance aux actions édilitiennes, chaque fois qu'ils constitueront une entrave sérieuse à la jouissance de l'acheteur.

La mise en pratique de cette dernière règle donnait lieu, en fait, à certaines difficultés, et notre titre est rempli de l'examen de ces questions. Nous y trouvons une énumération trop détaillée de toutes les infirmités humaines, pour nous sentir le courage même de l'aborder.

Les jurisconsultes n'ont point hésité à s'arrêter aux plus hideuses, et leurs discussions semblent parfois extraites de traités de pathologie plutôt que d'ouvrages de droit.

Il paraît s'être élevé entre eux certaines difficultés sur

la distinction à établir entre le vice et la maladie. Sabinus, Modestin établissent des différences et des parallèles qui ne sont pas absolument d'accord. Mais Ulpien tranche la difficulté en disant que les édiles ont également prévu l'un et l'autre et que, par suite, toute distinction est superflue. (Frag. 1, § 7, *de æd. edict.*, et Frag. 101, § 2, *de verb. signif.*)

Au surplus, vice ou maladie ne pouvaient-ils donner lieu à redhibition que s'ils présentaient une certaine gravité. Cela découle du principe que nous venons de poser, à savoir : que l'acheteur doit être gêné dans sa jouissance. (Frag. 1, § 8, et Frag. 4, § 6, *de æd. edict.*) De nombreux textes sont consacrés, dans notre titre, au développement et à l'application de cette règle ; leur étude ne présentant qu'un intérêt secondaire, nous les passerons sous silence.

ARTICLE 2. — Chez les animaux.

137. Il est impossible d'établir un parallèle entre la théorie des vices rédhibitoires chez les esclaves et chez les animaux S'il existe, en effet, certains points communs en ce qui touche les vices du corps, il y a une différence capitale en ce qui a trait aux vices de l'esprit. En effet, nous dit Labéon, un cheval peut s'enfuir et errer à l'aventure, il ne sera pourtant ni *erro* ni *fugitivus*. (Frag. 64, § 2. Dig. *de æd. edict.*)

Au surplus, s'il existe des différences en ce qui a trait aux vices en eux-mêmes, la raison d'être des actions édilitiennes reste toujours fondée sur le même motif de protection pour l'acquéreur. (Frag. 38, § 2. Dig. *de æd. edict.*)

Nous ne prétendons pas davantage étudier tous les vices qui rentrent dans les prévisions de l'édit ; quoique moins répugnante peut-être que celle des vices humains,

l'énumération n'en serait pas moins fastidieuse et inutile.

138. Nous devons plutôt nous demander ici à quels animaux l'édit est applicable. On trouve dans tout le droit romain une division bien tranchée des animaux en deux catégories. Les premiers, qui sont d'une utilité directe pour l'existence, constituent une véritable richesse dans le patrimoine ; ce sont les *jumenta*, les bêtes de somme ou de trait, ou encore les animaux qui vont en troupeau. La seconde catégorie comprend tous les autres animaux, ceux qui ne servent qu'à notre agrément ou sont d'une utilité indirecte, secondaire ; ce sont les *bestiæ*, les animaux féroces qui servent aux jeux du cirque, les chiens, etc....

Les premiers tombaient sous l'application de l'édit. Nous savons, en effet, qu'il y était question des *jumenta*, et qu'on entendait par là tout ce que nous avons dit plus haut. (Frag. 38, §§ 1 et 4. Dig. *De æd. edict.*) Mais il semble certain que les actions édilitiennes ne s'appliquaient pas aux autres catégories d'animaux. Nous trouvons bien certains textes qui semblent comporter une extension plus considérable, mais en y regardant de près on s'aperçoit bien vite qu'il n'en est rien.

La plupart, en effet, ont pour but de faire rentrer le genre *pecus* parmi les *jumenta*. « Quæ de jumentorum » sanitate dicimus, de cetero quoque pecore omni vendi- » tores faciunto. » (Frag. 38, § 5. Dig. *De æd. edict.*) Ce sont là les termes mêmes de l'Édit, rapportés par Ulpien. Aussi l'appliquait-on, non seulement aux chevaux, qui rentrent plus spécialement sous la domination de *jumenta*, mais encore aux bœufs, etc. (Frag. 38, § 6. Dig. *De æd. edict.*)

139. Quant aux vices en eux-mêmes, on peut les distinguer en deux catégories ; ceux qui sont communs aux

esclaves et aux animaux, et ceux qui sont spéciaux à ces derniers. (Frag. 43, *princ.* Dig. *De æd. edict.*) Nous pouvons citer comme rentrant dans cette dernière catégorie le bœuf qui frappe de la corne et la mule rétive. « Bovem qui cornu petit... item mulas quæ cessum dant... » ; mais nous nous contenterons d'indiquer ceux-là.

Cependant, nous devons remarquer que l'édit prévoyait l'hypothèse spéciale d'un cheval vendu avec ses harnais. Lorsque le vendeur avait présenté à l'acheteur l'animal tout harnaché, il ne pouvait le livrer nu et, dans ce cas, il était considéré comme vicieux. (Frag. 38, § 11. Dig. *De æd. edict.*)

ARTICLE 3. — Dans les choses.

140. Les édiles avaient, relativement à la vente, des attributions assez étendues. Mais ce n'était pas seulement en ce qui touche les ventes des denrées nécessaires à la consommation, mais pour toutes sortes de choses.

Il n'y a qu'une seule catégorie qui présente pour nous un véritable intérêt : nous voulons parler des immeubles, dont nous nous occuperons seulement. Le fragment 49, à notre titre, nous fait connaître un cas de rédhibition des immeubles : on considérait comme vicieux le fonds de terre qui dégageait des miasmes, *fundus pestilens*.

On accordait encore les actions édilitiennes si le fonds vendu ne produisait que de mauvaises herbes de nature à causer un préjudice aux animaux (Const. 4, Code *De ædilitiis actionibus*), et dans un certain nombre d'autres cas.

141. Mais si nous supposons un immeuble grevé d'une servitude passive, devrons-nous dire qu'il est entaché d'un vice rédhibitoire ?

Dans notre droit moderne, la servitude constitue un démembrement de la propriété ; l'acheteur qui a acquis un immeuble grevé d'une servitude ne reçoit pas tout ce qu'il devait recevoir et se trouve évincé pour une partie. L'action qu'il pourra exercer sera donc une action en garantie pour cause d'éviction et non une action rédhibitoire ?

D'autre part, cela ne peut se produire que pour les servitudes non apparentes, car l'acheteur est présumé avoir connu les autres et passé outre.

Admettait-on la même interprétation dans le droit romain ?

On en a douté en présence de deux textes de Cicéron (*De Oratore*, I, 39. *De Officiis*, III, 16) qui qualifient les servitudes de « *vitia fundi* » et de « *qualitates prædiorum* ». L'argument nous paraît assez insuffisant en présence des textes nombreux qui disent le contraire. Nous pouvons, tout d'abord, invoquer le fragment 1, § 1 du titre *de actionibus empti* (XVIII, 7) ; ce texte accorde l'action *empti* contre le vendeur qui a caché une servitude ; or, Ulpien qui donne cette solution la fonde non pas sur un vice caché, mais sur un manquement à la bonne foi de la part du vendeur : « Omnia enim, quæ » contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. » Ce n'est certainement pas à raison d'un vice caché que l'action *ex empto* est ici donnée, car on n'exigerait pas la condition de dol ou de mauvaise foi de la part du vendeur.

Le fragment 35, au même titre, faisant allusion à une hypothèse analogue, décide que l'action *ex empto* sera donnée pour cause d'éviction, « *et interdicto de itinere* » *actuque victus sit* », si le terrain acheté se trouve grevé d'une servitude de passage, *actus* ou *iter*.

Le fragment 75, au titre *de evictionibus* (XXI, 2), est encore plus formel et qualifie plusieurs fois, dans son contexte, l'existence d'une servitude de cause d'éviction. Pour être complet, nous citerons encore dans le même sens le fragment 45 hujusdem tituli.

Cependant un texte du titre *de ædilitio edicto* semble accorder l'action estimatoire à raison d'une servitude grevant le fonds acheté ; c'est du moins en ce sens qu'ont prétendu l'interpréter les partisans du système contraire. Voici ce texte : « Quotiens de servitute agitur, victus tan- » tum debet præstare *quanti minoris* emisset emptor si » scisset hanc servitutem impositam. » (Frag. 61. Dig. *De æd. edict.*) Nous croyons que ce texte est relatif à une application de l'action *empti* et non de l'action estimatoire. On ne saurait, en effet, s'appuyer seulement pour le soutenir sur le montant de l'indemnité accordée : « *quanti minoris emisset emptor* » ; bien des actions en effet aboutissent à une réparation calculée sur l'intérêt de la partie qui a été lésée dans un marché. Nous pouvons citer le fragment 19, § 1, *Locati* (XIX, 2), où l'on voit un *locator* tenu « *in id quod interest* » vis à-vis du *conductor*, auquel il a loué des fûts de mauvaise qualité. Or, il ne peut s'agir ici de l'action estimatoire, qui, on le sait, n'était pas donnée au cas d'un louage. (Frag. 63, Dig. *De æd. edict.*) Enfin le fragment 61 lui-même nous paraît démontrer qu'il ne s'agit point ici d'une action édilitienne ; ce texte, en effet, suppose une éviction et, par suite, l'exercice de l'action *ex empto ;* s'il permettait l'application des actions édilitiennes, il est probable qu'il parlerait seulement de l'action rédhibitoire, car c'est ainsi que procèdent généralement les textes. Cela est si vrai que certains des partisans du système opposé ont soutenu que

l'action estimatoire était seule donnée dans ce cas, ce qui est contraire aux principes généraux.

Au surplus, ne se sont-ils pas divisés que sur ce point : la controverse naît encore parmi eux sur la question de savoir quelles servitudes constituent des vices rédhibitoires : les uns n'attribuent cette qualification qu'aux servitudes apparentes, les autres aux servitudes garanties. Aussi éviterons-nous bien des doutes en nous en tenant au système précédemment développé.

§ III. — *A quelles conditions ces vices donnent naissance aux actions rédhibitoire et estimatoire.*

142. La seule existence de ces vices ne suffit pas pour permettre l'exercice des actions édilitiennes ; il faut encore qu'ils réunissent un certain nombre de conditions que nous allons examiner maintenant.

143. Il n'est pas douteux que le vice doive exister après la vente pour que les actions puissent être recevables ; mais nous irons plus loin, et nous dirons que, si le vice est disparu depuis le contrat, il n'y a pas lieu à restitution. (Frag. 16. Dig. *De æd. edict.*) Il faut, en outre, que le vice ait une cause antérieure à la vente : « futuros casus evictionis, post contractam emptionem ad » venditorem non pertinere », nous dit Paul (Frag. 11, *princ.* Dig. *De evict.*) ; la solution est la même pour ce qui est relatif aux vices. (Const. 3, Code *De ædilit. act.*) Cependant rien n'empêche que le vendeur ne se porte garant des vices futurs et ne devienne ainsi responsable de ceux qui n'existaient pas lors de la vente.

144. Mais, au contraire, le vendeur pourra se libérer de toute responsabilité en déclarant formellement les vices de la chose vendue. L'édit exigeait, en effet, que

le vendeur fît exactement connaître à l'acheteur la chose qu'il lui offrait; dans ce cas, ce dernier se trouvait suffisamment averti pour voir s'il devait ou non contracter, et tout surcroît de précaution eût été superflu. Tel est le sens de l'édit même : « Qui mancipia vendunt, certiores » faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis » fugitivus errore sit, noxave solutus non sit : *eademque* » *omnia cum ea mancipia vendunt palam recte pronun-* » *cianto.* » (Frag. 1, § 1. Dig. *De æd. edict.*) Cette déclaration qui, d'après l'édit, devait se faire à haute et intelligible voix, était parfois remplacée dans la pratique par un certain nombre de signes consacrés par l'usage : l'esclave *fugitivus* était vendu chargé de chaînes; lorsque le vendeur voulait se soustraire à toute garantie, il couvrait la tête de l'esclave d'un bonnet; enfin, le plus souvent, pour se dispenser de toute déclaration, on suspendait au cou de l'esclave une pancarte faisant connaître ses vices et ses qualités : inutile d'ajouter que les vendeurs insistaient surtout sur les dernières. (Aulu-Gelle, *Noct. Attic.*, IV, 2.)

145. Il faut, en outre, que les vices n'aient pas été connus de l'acheteur. Il se peut, en effet, qu'une circonstance de fait soit venue les lui révéler, ou bien qu'ils soient apparents et n'aient pu échapper à son attention. Dans ce cas, il doit porter seul la responsabilité de l'achat qu'il a fait en pleine connaissance de cause. (Frag. 48, § 4; Frag. 1, § 6. Dig. *De æd. edict.*)

Si l'acheteur a traité par l'intermédiaire d'un mandataire, de son fils ou de son esclave, certaines difficultés se posent sur la question de savoir si c'est le *dominus* ou le mandataire qui doit avoir ignoré le vice rédhibitoire. Voici comment elles sont résolues par Africain : si un

esclave a acheté pour son maître un autre esclave, connaissant par lui-même les vices de ce dernier, il n'y aura pas lieu à l'action rédhibitoire. Il en sera de même au cas où le maître, connaissant l'esclave à vendre, aura donné l'ordre à son esclave d'en faire l'acquisition. (Frag. 51, *princ.* et § 1, Dig. *De ædilit. edict.*) Dans ce cas, les actions rédhibitoire et estimatoire ne pourront donc être intentées ni par le maître, ni par l'esclave.

Les mêmes règles devront être appliquées à l'hypothèse d'un mandat. (Frag. 49, Dig. *De reg. jur.*, L. 17.) Cependant nous pouvons supposer que le mandataire qui a ignoré les vices de la chose connus du mandant peut avoir intérêt à exercer les actions édilitiennes ; dans ce cas, nous ne lui en refuserons pas l'exercice. (Frag. 51, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

146. Il faut enfin, comme dernière condition, que le vice cause un préjudice à l'acheteur et gêne sa jouissance. (Frag. 1, § 8. Dig. *De æd. edict.*)

147. Ces conditions sont nécessaires, mais suffisantes ; il ne faudrait pas en exiger d'autres,

Peu importe, par exemple, que le vendeur soit de bonne ou de mauvaise foi. S'il vend une chose vicieuse, il est toujours responsable des défauts qu'il ne devait pas ignorer et, prouvât-il qu'il ne pouvait pas les connaître, il n'en serait pas moins passible des actions édilitiennes.

D'autre part, dans le cas où la vente a porté sur un ensemble de choses, il n'est pas absolument nécessaire que les vices affectent la chose principale. La chose accessoire, si elle constitue un corps certain, peut entraîner la restitution du tout, si elle se trouve *in causa redhibitionis.* (Frag. 32 et 33, *princ.* Dig. *De æd. edict.*) Inutile de

faire remarquer que la restitution du principal entraîne celle de l'accessoire.

Enfin, il n'est pas nécessaire que la chose existe encore au moment où l'action est intentée. Toutefois, dans le cas d'exercice de l'action redhibitoire, il y a lieu, ainsi que nous le verrons, de distinguer si la chose a péri par la faute de l'acheteur ou sans sa faute ; dans le premier cas il se trouve obligé d'en rendre la valeur.

CHAPITRE VII.

CE QU'ON OBTIENT PAR L'EXERCICE DES ACTIONS RÉDHIBITOIRE ET ESTIMATOIRE.

SECTION I.

ACTION RÉDHIBITOIRE.

148. L'action rédhibitoire est en réalité une action en résolution. Le jurisconsulte Julien la compare à une *restitutio in integrum:* : « Judicium redhibitoriæ actionis » utrumque, id est, venditorem et emptorem, quodam- » modo *in integrum restituere* debere. » (Frag. 23, § 7. Dig. *De æd. edict.*) Paul nous dit en effet que l'exercice de cette action replace le vendeur et l'acheteur exactement dans la situation où ils se trouvaient avant la vente. (Frag. 60. Dig. *De æd. edict.*)

Pour parvenir à ce résultat, les parties doivent naturellement opérer des restitutions réciproques. Nous devons donc rechercher quelles sont les obligations de chaque partie, nous allons le faire dans deux paragraphes distincts.

§ 1. — *Obligations de l'acheteur.*

149. C'est l'acheteur qui prend l'initiative dans l'action rédhibitoire. Il est donc logique qu'il soit astreint à remplir le premier les obligations que fait naître cette action. (Frag. 25, § 10. Dig. *De æd. edict.*)

Cependant, il peut arriver que le vendeur se trouve insolvable, il y aurait alors pour l'acheteur un sérieux inconvénient à restituer la chose vendue sans être sûr d'être remboursé de son prix. Dans ce cas Gaïus indique un procédé particulier, l'acheteur donnera caution de rendre l'esclave si son prix lui est restitué dans un délai déterminé. (Frag. 26. Dig. *De æd. edict.*)

Mais, en dehors de ce cas, il y a une obligation stricte de rendre la chose, avant de prétendre à la restitution du prix. Sans cette condition préalable, le vendeur ne saurait être condamné. (Frag. 29, *princ.* Dig. *De æd. edict.*)

150. Quelle est donc l'étendue des restitutions imposées à l'acheteur ?

Cette obligation porte principalement sur la chose même qui a fait l'objet du contrat. Mais il peut arriver que cette chose soit complexe par sa nature ; si les vices rédhibitoires ne portent que sur une partie, pourra-t-on opérer la restitution pour le tout? Il faut distinguer si les éléments qui composent la chose vendue sont unis par un lien intime, si l'on a traité pour un ensemble de choses ou pour plusieurs choses indépendantes. Si, par exemple, on a acheté un quadrige de mules ou une paire de chevaux, on se demande si le vice d'un seul peut entraîner la restitution du tout. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de doute que la restitution ne doive être générale. Un quadrige, une paire

de chevaux constituent un ensemble, un tout qu'on ne saurait diviser. (Frag. 38, § 14. Dig. *De æd. edict.*) Il en serait autrement si l'on avait acquis en bloc quatre mules non attelées ensemble.

Il en serait de même si l'on avait acheté une troupe d'esclaves comédiens. Il y aurait alors, de la part du juge, une question d'interprétation. (Frag. 38, § 14, v° *hæc et in.* Frag. 39. Frag. 40, *princ.* Dig *De æd. edict.*)

Si d'ailleurs le vendeur a garanti l'ensemble, le vice rédhibitoire d'un seul entraîne la restitution de tous. (Frag. 34, *princ.* et frag. 64, § 1. Dig. *De æd, edict.*)

Peu importe d'ailleurs que le prix ait été payé pour l'ensemble ou chaque chose en particulier, si ces choses présentent les caractères que nous venons d'indiquer. (Frag. 34, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

151. La chose doit-être restituée telle qu'elle se comporte, c'est-à-dire avec tous ses accessoires, les droits qui peuvent être nés à l'occasion de cette chose, les fruits qu'elle peut avoir produits.

Les dispositions de l'édit ne laissent aucun doute à cet égard : « restitui et quod venditioni excessit, et si quas » accessiones ipse præstiterit. » (Frag. 23, § 1. Dig. *De æd. edict.*) C'est ainsi qu'on devra rendre avec la chose vendue l'esclave, même non vicieux, qui en est l'accessoire, l'usufruit qui est venu accroître la nue propriété vendue. (Frag. 33, § 1, et frag. 31, § 3, *De æd. edict.*)

De même devra être rendu avec la chose tout ce qui a été acquis par l'acheteur à l'occasion de cette chose : par exemple, l'enfant né de l'esclave vendue (Frag. 31, § 2. Dig. *De æd. edict.*) ; l'hérédité acquise par l'esclave, dans le cas où le vendeur eût pu prétendre cette hérédité s'il eût gardé son esclave (Frag. 23, § 9. Dig. *De æd.*

edict.) Paul (Frag. 43, § 5. Dig. *De aed. edict.*) nous apprend encore que l'acheteur doit restituer tout ce qu'il a recueilli par l'exercice d'actions nées à l'occasion de l'esclave, action d'injure, action *vi bonorum raptorum*, etc..... (Frag. 43, § 5. Dig. *De aed. edict.*)

Enfin, l'esclave devra être rendu avec tout ce qu'il a acquis *ex operibus suis*, mais non *ex re domini*. (Frag. 24. Dig. *De aed. edict.*)

152. Mais il peut arriver que la chose ait subi des détériorations, l'acheteur en sera-t-il responsable? Il ne saurait être tenu à indemnité que si la détérioration provient de son fait personnel ou du fait d'un membre de sa *familia*. (Frag. 25, § 1. Dig. *De aed. edict.*)

Par *familia*, nous entendons tous ceux qui se trouvent sous la puissance du père de famille, les enfants (Frag. 31, § 15. Dig. *De aed. edict.*), les esclaves ou ceux qui servent de bonne foi le père de famille, ou même son *procurator*, son tuteur et son curateur. (Frag. 25, § 1, et frag. 31, § 14. Dig. *De aed. edict.*)

Dans ce cas, d'ailleurs, le père de famille ne pourrait pas se soustraire à son obligation en faisant l'abandon noxal de la personne qui a causé le dommage, parce que sa responsabilité personnelle est engagée. (Frag. 25, § 7. Dig. *De aed. edict.*)

Ce n'est pas seulement l'acheteur qui doit réparation du dommage, ce sont encore ses héritiers lorsqu'ils veulent intenter l'action rédhibitoire. Dans ce cas, ils sont également tenus du fait de leur *procurator*, s'ils ont constitué un mandataire commun à l'occasion de la succession. Mais si un des héritiers ou son mandataire personnel était l'auteur des détériorations, ils seraient bien obligés les uns et les autres envers le vendeur;

toutefois, ils auraient un recours contre celui qui seul doit supporter en définitive tout le préjudice (Frag. 31, § 9. Dig. *De æd. edict.*)

153. L'acheteur, s'il est responsable de sa faute, ne l'est point, en revanche, des cas fortuits. Il pourra donc réclamer le prix sans rien avoir à rendre si l'esclave est mort, sauf à restituer les actions que ce décès peut avoir fait naître, ou s'il s'est enfui parce qu'il était *fugitivus.* (Const. 5. Code *De æd. act.*) Mais c'est seulement lorsqu'il s'agit de cas fortuits; en dehors de cette hypothèse, il est tenu de toute faute. (Frag. 31, § 12. Dig. *De æd. edict.*)

154. La restitution opérée reste sans effets vis-à-vis des tiers. Le fragment 43, § 8, qui est de Paul, fait une application de ce principe : « Pignus manebit obligatum, » etiamsi servus redhibitus : quemadmodum si eum » alienasset an usumfructum ejus non recte redhibebit, » nisi redemptum sit et pignore liberatum redhibebat. » On ne peut donc, en exerçant l'action rédhibitoire, faire tomber les aliénations ou les constitutions de gage qu'on a soi-même consenties à des tiers, et l'on se trouve dans la nécessité de les faire disparaître, si l'on veut recourir aux actions édilitiennes, c'est bien dire que la restitution en elle-même ne saurait produire ce résultat.

155. En dehors même de la restitution de la chose et de ses accessoires, ou du paiement des indemnités dont nous avons parlé, l'acheteur peut être tenu de fournir au vendeur certaines cautions. Cette obligation est d'ailleurs réciproque; aussi l'étudierons-nous également ici, en ce qui concerne le vendeur, pour ne pas scinder une matière unique.

Pomponius divise ces cautions en deux catégories; les

unes sont dues pour le passé, les autres pour l'avenir : « alias in præteritum, alias in futurum. »

Voyons d'abord les cautions dues pour le passsé. La personne de l'esclave a pu faire naître certaines actions soit actives, soit passives, et ces actions ont pu être intentées et même jugées. L'acheteur devra garantir qu'il restituera au vendeur tout ce qui pourra lui revenir de l'action intentée, ou tout ce qu'il n'aura pas touché par dol. Réciproquement, le vendeur donnera caution à l'acquéreur pour toutes les condamnations auxquelles il se trouve exposé. (Frag. 30, *princ.* Dig. *De æd. edict.*) L'acheteur devra ensuite la *cautio de dolo* pour garantir qu'il s'est abstenu de tout fait de nature à causer un préjudice au vendeur, qu'il n'a pas donné l'esclave en gage, qu'il ne lui a fait commettre aucun délit, qu'il n'est pas soumis à une action noxale, etc..... (Frag. 21, § 1, et Frag. 46. Dig. *De aed. edict.*)

Pour l'avenir, l'acheteur doit garantir de ne point intenter les actions nées du chef de l'esclave, ou du moins d'en restituer le résultat au vendeur; et ce dernier donnera caution d'indemniser l'acheteur des condamnations qu'il pourrait subir à cette occasion. (Frag. 21, § 2. Dig. *De æd. edict.*)

Pomponius nous parle encore d'une caution due dans une hypothèse particulière. Un esclave vendu est en fuite et le vendeur n'ignorait pas qu'il était *fugitivus*, il succombera donc dans l'exercice de l'action rédhibitoire. Mais il ne saurait alors se prévaloir de ce que l'acheteur a commis une faute et laissé échapper l'esclave par maladresse ; l'acquéreur, en effet, fera disparaître ce moyen de défense par la promesse qu'il fera de rechercher l'esclave et de le restituer lorsqu'il sera repris. Il devra également

caution de s'abstenir, lui et ses héritiers, de tout acte qui pourrait empêcher le vendeur de rentrer en possession de l'esclave. (Frag. 21, § 3, et frag. 22. Dig. *De æd. edict.*)

§ 2. — *Obligations du vendeur.*

156. L'action rédhibitoire, exercée avec succès, entraîne pour le vendeur l'obligation de replacer l'acheteur dans l'état où il se trouvait avant l'achat.

Il devra donc avant tout lui rembourser son prix. (Frag. 27. Dig. *De æd. ed.*) Mais le calcul de ce prix peut donner lieu à certaines difficultés. Rien de plus simple s'il s'agit d'une seule chose, le prix peut être connu d'une façon certaine. Mais si l'on a vendu en bloc un certain nombre d'esclaves, par exemple, et qu'on ait exercé l'action rédhibitoire pour un seul, comment se calculera le prix à restituer ? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux hypothèses : ou les esclaves ont été vendus ensemble, mais il y a eu un prix spécifié pour chacun d'eux, ou ils ont été vendus en bloc moyennant un prix unique. Dans le premier cas, il n'y a pas de difficulté, on estimera l'esclave d'après le prix ainsi établi. (Frag. 36, v° *quod si.* Dig. *De æd. edict.*)

Le second cas présentera en fait plus de complications ; il faudra procéder à ce que nous appelons aujourd'hui une ventilation ; on devra rechercher aussi exactement que possible quelle partie du prix correspond à l'esclave en tenant compte de ses qualités et de sa valeur. (Frag. 36, v° *si plura.* Dig. *De æd. edict.*) Cette estimation n'aboutira peut-être pas à un résultat très exact, car bien des considérations peuvent en modifier le taux ; mais elle suffira du moins à éviter à l'acheteur un préjudice appréciable. Labéon nous dit qu'elle devra être faite comme

dans le cas où l'on exerce l'action en garantie pour cause d'éviction partielle d'un fonds de terre. (Frag. 64. Dig. *De æd. edict.*)

Comme nous sommes en présence d'une action de bonne foi, les parties ne seront pas obligées de faire dans la formule l'évaluation de la chose ; c'est au juge que ce rôle appartiendra, après avoir entendu les explications du vendeur et de l'acheteur.

157. Mais ce n'est pas seulement le prix dont le vendeur devra la restitution, ce sont encore les intérêts ; en effet, ce prix lui a été versé lors de la vente et il a pu en retirer tous les avantages qu'il lui a plu. L'acheteur, au contraire, n'a pu jouir d'une chose vicieuse et, s'il en a retiré quelques profits, il a dû les restituer presque tous au vendeur, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Nous sommes donc bien fondé à exiger du vendeur la restitution de ce dont il a joui. Telle est l'opinion adoptée par Ulpien dans le fragment 29, § 2, à notre titre. La formule employée par le jurisconsulte semble, à la vérité, révéler l'existence d'une controverse ; mais elle a dû être promptement tranchée, car nous n'en trouvons point de traces.

158. Pour le même motif et par une juste réciprocité, le vendeur devra indemniser l'acheteur des dépenses que celui-ci a faites pour l'esclave. Il n'y a rien là que de très équitable, c'est conforme à l'effet résolutoire de notre action et, en même temps, c'est l'équivalent des prestations que l'acheteur a dû fournir pour l'exercer.

Cependant il faut établir certaines distinctions entre ces dépenses. Il n'y a point de doute en ce qui touche les dépenses faites d'accord entre le vendeur et l'acheteur : par exemple s'il a payé une redevance qui rentrait dans son prix d'achat, des impôts, etc. Mais pour les autres dépenses,

le vendeur ne saurait en principe en être tenu. Il en serait ainsi notamment de la nourriture d'un esclave, qui correspond à la jouissance que l'acheteur a pu en retirer. Mais il en est autrement des dépenses extraordinaires que le vendeur eût été obligé de faire s'il eût conservé l'esclave, si, par exemple, ce dernier a été malade et qu'il se soit trouvé obligé de le faire soigner ; et cela, soit depuis l'action intentée, soit même auparavant. (Fragment 27, v° *dari autem*. — Frag. 80, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

159. L'esclave peut aussi avoir occasionné à l'acheteur un certain préjudice, il devra lui en être tenu compte. Ulpien prévoit spécialement le cas où l'esclave a volé son nouveau maître ou bien encore celui où il a commis, au détriment d'un étranger, un vol que l'acquéreur a dû réparer; dans ce cas, c'est le vendeur qui supportera en définitive les conséquences de cet acte et qui devra indemniser l'acheteur de tout le préjudice subi. (Frag. 23, § 8. Dig. *De æd. edict.*)

Mais cette solution doit être généralisée, et le vendeur est tenu de libérer l'acquéreur de toutes les obligations qu'il a pu contracter à raison de la chose vendue, soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis des tiers. (Frag. 29, § 1. Dig. *De æd. edict.*).

160. Nous terminerons cette énumération des obligations du vendeur condamné en vertu de l'action redhibitoire par la comparaison avec celles de l'acheteur ; cela nous fournira l'occasion de faire ressortir encore quelques particularités sur ce point.

161. Nous rappelons tout d'abord, et pour n'y plus revenir, que l'acheteur est obligé d'opérer les restitutions par lui dues avant de pouvoir rien exiger de la part du vendeur. Nous avons indiqué que certaines restrictions de-

vaient être apportées à cette règle. Mais il y a un point spécial dont nous n'avons encore rien dit et sur lequel nous devons maintenant nous arrêter.

Si l'acheteur refuse d'opérer les restitutions par lui dues, le vendeur est purement et simplement libéré des siennes. Mais si le premier ayant obtempéré à l'ordre du juge, le dernier au contraire prétend s'en abstenir, la situation va se trouver modifiée ; l'action redhibitoire revêt un caractère pénal et le vendeur est condamné à payer le double du prix et de ses accessoires. (Frag 45. Dig. *De æd. edict.*)

Mais cette condamnation au double ne portera que sur le prix et ses accessoires, et non sur les indemnités qui pourraient être dues à l'acquéreur à raison de ses dépenses. Ces dernières ne seront jamais dues qu'au simple, et, pour garantie de leur remboursement, l'acheteur aura le *jus retentionis*. C'est du moins ce qui résulte d'une opinion de Julien, laquelle est rapportée et confirmée par Ulpien, dans le § 3 du fragment 29, à notre titre.

On ne considérait donc ces indemnités que comme des obligations secondaires du vendeur. C'est cette appréciation qui semble encore avoir dicté la solution dans une hypothèse voisine de celle que nous venons d'indiquer.

On peut supposer que le vendeur oppose la force d'inertie à l'action rédhibitoire, et refuse de recevoir l'esclave que l'acheteur veut lui restituer. Il n'y a point de difficulté en ce qui touche le prix et ses accessoires, il devient évidemment débiteur du double : mais pour ce qui est des indemnités dont nous venons de parler? Elles ne peuvent', nous le savons, donner lieu à condamnation, mais l'acquéreur a le *jus retentionis ;* en vertu de ce droit,

les jurisconsultes lui attribuaient, à titre de réparation, l'esclave lui-même. Il se trouvait avoir ainsi la chose vendue, et une créance du double du prix contre le vendeur, ce qui lui créait une situation particulièrement favorable. (Frag. 31, *Princ.* Dig. *De æd. edict.*)

Il peut arriver qu'un esclave s'enfuie après avoir volé son maître ou une autre personne; le vendeur est alors tenu de restituer les choses volées, à moins qu'il n'aime mieux faire l'abandon noxal. Mais s'il refuse de payer cette indemnité, quelle action pourra-t-on exercer contre lui? Sera-ce l'action *de peculio* ou l'action rédhibitoire, cette dernière entraînant alors condamnation au double ? Paul se décide en faveur de cette dernière action; il est, en effet, contraire aux principes d'admettre pour réparation d'un délit une action dont la condamnation se trouve limitée. (Frag. 58, § 1. Dig. *De aed. edict.*)

161. Nous avons encore à constater certaines différences d'étendue entre l'obligation de l'acheteur et celle du vendeur, dans le cas où ces personnes sont *alieni juris*.

Nous savons, en effet, qu'on peut exercer l'action *redhibitoria de peculio,* quand le vendeur est un fils de famille ou un esclave. Il est certain que dans ce cas le père et le maître ne seront tenus de cette action que jusqu'à concurrence du pécule, « quod si servus vel filius vendiderit, » redhibitoria in peculium competit. »

L'exercice de cette action suppose que l'esclave vendeur a un pécule lorsque l'action rédhibitoire est exercée; elle ne saurait donc plus l'être, si son maître le lui a retiré de bonne foi.

Mais comment se calculera le montant de ce pécule et par suite les limites de la condamnation ? Nous y comprendrons tout d'abord les choses qui s'y trouvent lors de

l'exercice de l'action rédhibitoire, puis nous y ajouterons la valeur de la chose soumise à restitution ; on n'en doit pas être surpris, car, s'il est possible que cette chose en elle-même ne fasse pas actuellement partie du pécule, l'objet de l'action, l'obligation de l'acheteur qui l'intente doit du moins y être comprise. Nous aurons ainsi l'actif brut : mais il faudra encore en déduire tout ce que l'esclave doit à son maître pour parvenir à l'actif net. Nous connaîtrons ainsi le montant de la condamnation qui peut être prononcée contre le maître et qui peut devenir impossible, si celui-ci est créancier de son esclave pour une somme égale au montant du pécule. (Frag. 57, § 1. Dig. *De æd. edict.*)

Ainsi dans le cas d'action rédhibitoire, le père ou le maître du vendeur ne sont tenus que *de peculio*. Il en est différemment du père ou du maître de l'acheteur ; pour ceux-là on n'admet point la même limitation. Ils sont obligés, avant d'exercer l'action rédhibitoire, de rendre tout ce qu'ils ont reçu. La raison de cette différence vient sans doute de ce que les restitutions de l'acquéreur s'opèrent en nature dans la plupart des cas. (Frag. 57, *princ. De æd. edict.*)

SECTION II.

ACTION ESTIMATOIRE

162. L'action estimatoire diffère essentiellement de la précédente quant au résultat que l'acquéreur se propose d'atteindre. Il ne s'agit plus en effet de faire disparaître un contrat accompli, d'opérer une résolution, mais bien de maintenir ce contrat tout en réparant le préjudice qu'il peut avoir occasionné. Nous en tirerons immédiatement

cette conséquence, qu'il n'y aura d'obligations qu'à la charge du vendeur et non plus à la charge des deux parties.

L'acheteur ne se trouve donc plus dans la nécessité de restituer la chose ; au contraire, il la conserve avec tous ses accessoires et les droits qu'il a pu acquérir à son occasion.

Mais le juge aura une mission toute différente, il devra rechercher quel préjudice la présence des vices de la chose entraîne pour l'acheteur et quel prix il l'eût payée, s'il eût su qu'ils existaient.

Il y a cependant un cas où l'action estimatoire peut entraîner la restitution de la chose. C'est dans l'hypothèse où l'acheteur n'a aucun intérêt à la conserver, où même la garde de cette chose ne pourrait entraîner qu'un préjudice pour lui. Paul nous cite comme exemple le cas où l'on a vendu un esclave lunatique ou complètement fou. (Frag. 43, § 6. Dig. *De æd. edict.*) Dans ce cas et dans tous les autres de même nature, l'action *quanti minoris* affecte à peu de chose près l'apparence de l'action rédhibitoire. Elle permet au juge d'ordonner la restitution de la chose vendue ou de l'esclave, contre le remboursement du prix.

163. Ce cas est d'ailleurs exceptionnel et en général l'action aboutit à une indemnité. Cette indemnité doit être arbitrée par le juge, qui a à tenir compte de tout l'intérêt de l'acheteur, suivant les principes de l'équité. C'est ainsi que si l'on a acheté moyennant un prix unique une paire de mules attelées ensemble, les vices rédhibitoires de l'une d'elles suffisent pour qu'on puisse exercer l'action *quanti minoris* pour les deux ; dans ce cas le juge n'aura pas seulement à tenir compte de la diminution de

valeur qui porte sur la mule vicieuse seule ; il doit encore, dans la fixation des dommages-intérêts, prendre en considération la dépréciation de l'attelage entier. Cela se justifie parfaitement, puisque l'acquéreur n'a pas voulu acheter deux mules, individuellement considérées, mais bien un attelage de mules « *jugum mularum* ». (Frag. 38, § 13. Dig. *De æd. edict.*)

164. L'action estimatoire présente un caractère qui la différencie essentiellement de l'action rédhibitoire. Cette dernière, une fois exercée, épuise le droit de l'acheteur, qui désormais ne peut plus rien demander à son vendeur ; l'action *quanti minoris*, au contraire, peut être reprise à nouveau chaque fois que l'acquéreur découvre un vice inconnu jusque-là. Ulpien décide, par exemple, qu'on peut former une action estimatoire fondée sur la fuite d'un esclave, et plus tard, l'esclave étant rattrapé, intenter une nouvelle action de même nature à l'occasion d'une maladie découverte chez ce même esclave.

Toutefois, ce droit ne saurait être illimité, et l'on décide, avec raison, que l'acheteur ne peut obtenir par des actions *quanti minoris* réitérées plus de deux fois la valeur de la chose vendue. Au-delà de ce terme, il y aurait un excès véritable. (Frag. 31, § 16. Dig. *De æd. edict.*)

Appendice. — Pactes dérogeant à l'édit des édiles.

165. Les actions édilitiennes que nous venons d'étudier sont fondées sur un intérêt purement privé ; leur but est une protection des acheteurs et l'ordre public ne se trouve intéressé à l'existence de cette protection que d'une façon très indirecte et très lointaine.

Aussi conçoit-on facilement que les parties puissent

modifier leur application dans une certaine mesure par des conventions formées de bonne foi.

Ces conventions n'ont rien de juridiquement impossible et ne portent point atteinte, par elles-mêmes, au contrat de vente. La garantie des vices cachés est assurément de la nature de ce contrat, car on va même jusqu'à qualifier parfois les actions édilitiennes d'actions *ex empto;* mais elle n'est point de son essence, et ne constitue pas un élément nécessaire de la convention.

C'est la justification de la règle formulée dans le fragment 31 au titre *de pactis* (II, 14). « Pascisci contra edic» tum ædilium omnimodo licet : sive in ipso negotio » venditionis gerendo convenisset, sive postea. »

166. Ce texte nous indique, en outre, une première distinction qu'on peut établir entre ces différents pactes : les uns sont antérieurs à la vente, les autres sont postérieurs. La validité de ces derniers n'a point fait difficulté; on peut toujours renoncer à une action née, et dire, par exemple, qu'on s'engage à ne pas exercer les actions rédhibitoire et estimatoire qui sont la suite du contrat. Mais, si ce pacte intervient avant la vente elle-même, on peut objecter qu'il est impossible de faire une renonciation valable à un droit que l'on n'a pas acquis. Nous ne saurions nous arrêter à cette objection qui détourne le sens du pacte antérieur à la vente : quel est le but de cette convention? Faire échapper le vendeur à une obligation, qui n'est point fatale par elle-même : nous avons dit, en effet, que la garantie des vices cachés n'est fondée ni sur une considération d'ordre public, ni sur les caractères essentiels de la vente. Évidemment ce contrat isolé entraînerait, par lui-même, le droit pour l'acheteur d'exiger

la garantie des vices cachés, mais rien ne l'empêche de renoncer à ce droit.

167. Les pactes dérogatoires à l'édit des édiles peuvent aussi être l'objet d'une autre division : ils peuvent diminuer la responsabilité du vendeur, ou bien ils peuvent l'augmenter. Nous avons eu occasion de rencontrer un exemple de ces derniers, quand nous avons parlé de la garantie des vices futurs ou de la promesse de qualités; nous ne reviendrons pas sur ce point.

En ce qui touche les pactes qui diminuent l'obligation du vendeur, nous avons à nous demander s'ils ne sont pas susceptibles d'une certaine limitation.

Nous ne pensons pas, comme on a cru parfois devoir le décider, que le vendeur ne puisse pas se soustraire à la garantie des vices cachés par un pacte général, et qu'il soit obligé d'excepter nommément chaque vice en particulier. Il est vrai que le fragment 14, § 9 à notre titre, fait allusion à une exclusion particulière de certains vices, « si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo »; mais on ne saurait tirer de cette loi aucun argument *a contrario* en présence du fragment 31 *de pactis* que nous avons cité plus haut. Ce paragraphe 9 fait allusion à une hypothèse spéciale et à un pacte licite, mais rien ne peut conduire à décider que cette règle soit exclusive de toute autre convention. Ce n'est donc pas là qu'il faut aller chercher une limitation.

C'est le droit commun qui nous la fournira. Il est un principe universellement reconnu et appliqué, c'est que nul ne peut se soustraire aux conséquences de son dol. Ce principe est déjà appliqué à la garantie pour cause d'éviction : jamais le vendeur ne peut, par une stipulation de non-garantie, se soustraire aux conséquences de son

ait personnel. (Frag. 11, §18,, *in fine*. Dig. *De act. empti.* XIX, 1.)

Le même principe devra être mis en œuvre en ce qui touche à la garantie des vices cachés. Si le vendeur a formé une convention relative à la non-garantie d'un vice, dont il a frauduleusement dissimulé l'existence, il ne pourra échapper à l'exercice des actions édilitiennes, quoi qu'il fasse pour se prévaloir du pacte formé contrairement à la bonne foi.

Une solution fondée sur les mêmes principes est donnée dans une hypothèse analogue. On sait qu'un vendeur n'est en général tenu des vices d'esprit d'un esclave que s'il en a garanti la non-existence ; mais si, par dol, il a gardé le silence sur un de ces vices, sachant que l'esclave en était atteint, il en deviendra pleinement responsable.

La seule limitation qu'il convient d'apporter aux conventions dérogatoires à l'édit des édiles est donc celle qui résulte du dol du vendeur.

TABLE DES MATIÈRES

Des Édiles et de leur rôle dans le développement du droit privé.

Pages.

PREMIÈRE PARTIE. **L'Édile et ses attributions** 1

CHAPITRE PREMIER. Origines et caractères de l'edilité 1

CHAPITRE SECOND. Des attributions des édiles 12

Section I. Cura urbis 15

Section II. Cura annonæ 21

Section III. Cura ludorum solemnium 22

CHAPITRE TROISIÈME. De l'édilité hors de Rome 27

CHAPITRE QUATRIÈME. Du « cursus honorum » des édiles et de quelques inscriptions relatives à leurs attributions. 33

Section I. Place de l'édilité dans le « cursus honorum » 34

Section II. Inscriptions relatives aux élections des édiles 44

Section III. Quelques-unes des inscriptions relatives aux attributions des édiles 45

Section IV. Des auxiliaires des édiles 49

DEUXIÈME PARTIE. **Intervention de l'édile dans le droit privé** .. 53

CHAPITRE CINQUIÈME. De l'édit des édiles et des actions édilitiennes .. 53

Section I. Exercice par les édiles du « jus edicendi » 53

Section II. Étendue d'application de l'édit des édiles 59

Section III. Des actions édilitiennes 61

§ 1. Du droit édilitien en matière de vente et de la « stipulatio duplæ » 63

§ 2. Des actions rédhibitoire et estimatoire 67

§ 3. Des autres actions édilitiennes 73

CHAPITRE SIXIÈME. Conditions d'exercice des actions rédhibitoire et estimatoire 80

Section I. Dans quelles circonstances ces actions sont données .. 80

§ 1. A propos de quels contrats 80

§ 2. A propos de quelles choses 83

Pages.

Section II. A quelles personnes et contre quelles personnes elles sont accordées..... 85
Section III. Des causes qui font naître ces actions..... 90
§ 1. Promesses de qualités..... 91
§ 2. Vices rédhibitoires..... 96
Article 1^er^. Chez les esclaves..... 96
Article 2. Chez les animaux..... 105
Article 3. Dans les choses..... 107
§ 3. A quelles conditions ces vices donnent naissance aux actions rédhibitoire et estimatoire..... 110
CHAPITRE SEPTIÈME. Ce qu'on obtient par l'exercice des actions rédhibitoire et estimatoire..... 113
Section I. Action rédhibitoire..... 113
§ 1. Obligations de l'acheteur..... 114
§ 2. Obligations du vendeur..... 119
Section II. Action estimatoire..... 124
APPENDICE. Pactes dérogeant à l'édit des édiles..... 126

DE LA SUBSTANCE

ET

DES EFFETS DES CONVENTIONS

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PREMIÈRE PARTIE.

THÉORIE DE L'AUTONOMIE.

CHAPITRE PREMIER.

INTRODUCTION ET DÉLIMITATION DU SUJET.

1. Nous nous proposons, dans cette étude, de rechercher et de résoudre les conflits de lois que peuvent faire naître les conventions entre particuliers dans les rapports internationaux. Si cette matière semble, dans une certaine mesure, sortir des principes de notre droit civil, disons qu'il n'y a là qu'une apparence dont l'exagération pourrait être trompeuse. Dans la réalité des choses, c'est une question de droit civil que nous allons étudier ; mais cette question suppose un élément, trop souvent négligé dans nos lois, le conflit avec les législations étrangères. C'est à cet élément nouveau que notre sujet devra le caractère qui le différencie des questions de pur droit civil.

2. Ce sont des difficultés toujours fort complexes, et

souvent d'une solution très délicate, que celles que soulève le droit international privé. Les relations juridiques se produisent aujourd'hui fréquemment entre étrangers et, d'autre part, jamais on ne saurait réaliser le problème utopique de l'unification des législations. On peut encore répéter, non plus tout à fait dans le même sens, mais avec les mêmes raisons, ce qu'écrivait Jean Voet dans son *Traité des Statuts :*

> Quod licet hic, alibi licitum lex lata negabit ;
> Quod meum est, alibi non sinit esse meum.
> Migramus, sedesque recens mutata prioris
> Jus negat, et lites parturit ipse locus.

La multiplicité et la variété des législations soulèvent, en toute matière, des conflits intéressants, dont la solution est due aux intérêts généraux de l'humanité ; mais, dans la plupart de ces conflits, il n'y a guère en cause que deux lois différentes entre lesquelles il convienne de choisir ; c'est même à cette circonstance que nous devons, dans l'ancienne théorie des statuts, la distinction en statut personnel et statut réel. A un autre point de vue, il ne s'agit le plus souvent que de décider dans quelle mesure la souveraineté, dont émanent certains préceptes de droit, doit faire échec à une souveraineté territoriale qui a émis des règles contraires ou différentes ; à quelle législation il appartient de régler l'état ou la capacité d'une personne, dans quelque circonstance ou quelque pays que cet état et cette capacité soient mis en question ; à quelle loi doit être soumis le régime des biens situés dans un pays et à propos desquels s'est accompli un acte juridique dans une autre contrée. Dans ces deux cas, cités à titre d'exemples, nous mettrons en œuvre la loi nationale

de la personne ou celle de la situation des biens, suivant que nous considérerons que les pouvoirs du législateur dont elles émanent permettent une application plus ou moins étendue, à raison du rapport de droit pris en considération.

3. Mais on ne doit pas toujours supposer, en droit international privé, un conflit s'élevant entre deux souverainetés; dans certains cas les questions de puissance territoriale ou nationale ne se posent que d'une façon secondaire; ce qui n'empêche pas le conflit d'être aussi accentué et d'une solution aussi délicate, car le nombre des lois qui entrent en cause se trouve être plus considérable et rend, par suite, le choix plus embarrassant. C'est ce qui se produit dans l'hypothèse d'une convention ou d'un contrat intervenus entre personnes de nationalités différentes ou entre individus d'une même nationalité, mais dans un pays étranger, ou bien enfin entre deux étrangers dans un pays auquel n'appartiennent ni l'une ni l'autre des parties.

Nous nous attachons plus spécialement à l'idée d'une convention, c'est-à-dire d'un accord de volontés destiné à produire un effet juridique, soit à créer une obligation, et dans ce cas la convention prend plus spécialement le nom de contrat, soit à éteindre ou à modifier une obligation déjà existante, hypothèse dans laquelle on conserve le terme générique; les règles que nous donnerons sont d'ailleurs les mêmes, qu'il s'agisse d'une convention ou plus spécialement d'un contrat.

Dans l'un et l'autre cas, nous étudions la même idée: « l'accord des parties qui déterminent, par une manifes- » tation de volonté commune, leurs relations juridiques », suivant la savante définition de de Savigny. Cette formule

fait parfaitement ressortir l'élément spécial qui caractérise la matière des conventions, l'élément volontaire qui va entraîner la création d'un statut nouveau, tout moderne et même tout récent, qui n'a guère des anciens statuts que le nom, le *statut d'autonomie.*

4. Certes, cette création était bien due à notre matière, qui suppose des difficulté d'un ordre spécial. et, par suite des règles toutes particulières, on peut le reconnaître immédiatement à l'examen de l'hypothèse suivante : Un Anglais et un Français ont formé en Suisse un contrat relatif à des biens situés en Italie, on a rédigé en Allemagne l'acte écrit destiné à en faire la preuve. Quelle loi réglera les conditions intrinsèques et les conséquences de ce contrat ? Sera-ce la loi française, la loi anglaise, la loi suisse, la loi italienne ou la loi allemande? Il y a un intérêt capital à le déterminer, car, presque toujours, ces lois contiendront, au moins dans les détails, certaines dispositions différentes.

Or, le choix n'est pas facile; nous ne trouvons dans le droit ancien que l'obscurité la plus complète, et dans le droit moderne qu'une théorie naissante et péniblement ébauchée au milieu de nombreuses divergences d'opinions. Aussi nous voyons-nous dans la nécessité d'imposer à cette étude les limites étroites de l'unité la plus sévère, et devons-nous écarter tout d'abord un certain nombre de points qui peuvent se rattacher indirectement à notre sujet, mais n'y rentrent pas d'une façon nécessaire. C'est par ce travail d'élagage que nous devons débuter et, s'il n'est pas fait pour donner beaucoup d'attrait à notre matière, il est du moins indispensable pour lui assurer la clarté dont elle ne saurait se passer.

5. Ce n'est pas sans intention que nous avons placé

au début de cette étude le mot grec modernisé d'autonomie (αυτου νομος). Nous nous proposons, en effet, de rechercher les cas où la volonté des particuliers peut devenir une loi privée. Nous employons ainsi le mot dans son sens le plus strict et nous ne saurions nous exposer aux critiques que lui adressait M. de Savigny, lorsqu'il le rencontrait dans les ouvrages de jurisconsultes allemands, où il prêtait à une confusion dangereuse. Il existe, en effet, en Allemagne, une institution assez curieuse aux termes de laquelle certaines familles nobles ont le privilège d'établir des lois personnelles, particulières et réservées à tous les membres de ces familles; cette institution a reçu le nom d'autonomie et il ne faut point établir de rapprochement entre ce sens spécial et celui dans lequel on l'emploie en droit international. Mais ce mot ne saurait présenter, en droit français, les mêmes inconvénients, et l'usage en a consacré l'emploi en doctrine et dans les principales législations.

6. Parmi les actes juridiques, nous entendons ne nous attacher qu'aux conventions, c'est-à-dire à ceux qui exigent le concours de deux volontés. Nous devons donc écarter ceux qui sont unilatéraux quant à leur formation, par exemple le testament, ou bien encore ceux qui exigent l'accomplissement d'un fait de la part d'une seule personne, délit, quasi-délit, quasi-contrat. Nous devons toutefois parler du quasi-contrat de gestion d'affaire à propos de la ratification.

C'est encore à l'idée même du pouvoir, créateur de la volonté privée dans le domaine des effets juridiques, que nous devons nous attacher pour écarter un certain nombre de points qui ne rentrent pas dans notre sujet. Nous n'étudierons pas les règles relatives à l'état et à la

capacité des personnes ; nous supposerons, dans les différentes hypothèses que nous aurons à prévoir, qu'aucune difficulté ne s'élève sur ce point, que les parties sont capables et reconnues telles. Cette question sort en effet complètement de ce que nous devons étudier ; elle rentre non dans le statut d'autonomie, mais dans le statut personnel ; les parties ne sont pas libres de régler elles-mêmes leur capacité, elles sont de ce chef soumises à des principes sur lesquels toute transaction est impossible ; leur loi nationale leur est applicable sans qu'elles puissent s'y soustraire de quelque manière que ce soit. La protection que chaque législation accorde aux incapables qui lui sont soumis deviendrait dérisoire, si un acte volontaire leur permettait d'échapper aux règles qu'elle prescrit. Il nous suffira donc de poser ici le principe en vertu duquel *l'état et la capacité de chaque partie se règlent d'après sa loi nationale*, principe supérieur à la volonté individuelle, sur lequel nous n'aurons plus à revenir.

7. Il est une confusion que les auteurs anciens ont souvent commise et que certains auteurs modernes n'ont pu parvenir à éviter. Elle consiste à ne pas établir une distinction suffisante entre la formation de la convention qui est un acte purement volontaire et la rédaction d'un *instrumentum*, acte écrit destiné à servir de moyen de preuve. Si ce dernier suppose un fait juridique qu'il a pour but de constater, il n'en est pas moins vrai que le contrat lui-même en est absolument indépendant et qu'il faudrait une clause spéciale du contrat pour que la rédaction d'un écrit devînt un de ses éléments essentiels. Nous devons donc distinguer tout ce qui se rapporte au fond même de l'acte juridique et, comme tel, rentre dans notre sujet, des conditions de forme qui ne doivent pas

nous préoccuper d'une façon principale. Ces conditions sont soumises à la loi du lieu où l'acte écrit est rédigé, en vertu de la règle *locus regit actum*. Il y a là un précepte impératif, qui se justifie d'ailleurs par l'impossibilité matérielle où se trouve une personne à l'étranger de suivre des formes instrumentaires différentes de celles qui sont règlées par la loi territoriale. Mais, à un autre point de vue, la règle *locus regit actum* a une double portée ; elle a non seulement trait à la rédaction des actes destinés à servir de moyens de preuve dans les contrats en général, mais encore elle reçoit une importante application en matière d'actes solennels. Il existe, en effet, toute une catégorie de contrats, dans lesquels la forme joue un rôle principal et nécessaire, qui ne sauraient exister sans des formalités strictement exigées pour leur perfection ; dans ces contrats, la solennité est une condition intrinsèque et substantielle, et c'est à la loi du lieu où l'acte s'accomplit qu'il convient de s'en rapporter pour déterminer tout d'abord si l'acte doit être passé en formes solennelles et, en second lieu, quelles doivent être ces formes. De ce chef, la règle *locus regit actum* se rattache à notre sujet d'une façon assez précise pour que nous nous trouvions dans la nécessité d'y faire une allusion, au moins rapide, dans la deuxième partie de cette étude à laquelle nous renvoyons pour les développements.

8. Il est encore un point sur lequel nous ne pourrons nous expliquer que très sommairement ; il ne se rattache à notre sujet que par des côtés secondaires. Nous voulons parler des conventions productives de droits réels, qui nous intéressent comme conventions, mais dont les effets échappent à notre théorie. Le rôle de la volonté se trouve très limité par la souveraineté territoriale qui entre en

scène en cette matière. L'acquisition, la transmission et l'extinction des droits réels sont soumises à la loi de la situation des biens auxquels ils s'appliquent, il y a là un statut réel et nous sortons du statut d'autonomie. Nous ne traiterons donc de ces conventions que comme constituant une limitation à notre théorie et une exception aux principes que nous aurons posés.

9. Nous étions dans la nécessité d'opérer ces restrictions afin de déterminer, d'une façon aussi précise que possible, le terrain sur lequel nous entendons nous placer ; elles nous laissent d'ailleurs à explorer une matière suffisamment vaste. Toute convention privée qui se forme dans les rapports internationaux peut donner naissance à un conflit entre de nombreuses lois ; c'est ainsi que nous rencontrons à l'occasion de cet acte juridique les lois nationales des parties, qui peuvent être différentes, celles de leurs domiciles, qui peuvent également n'être pas les mêmes, la loi du lieu où le contrat se forme, celle enfin du lieu où il doit recevoir son exécution. Le choix ne saurait être facile au milieu d'une variété de règles aussi grande. Que la volonté des parties vienne à nous être connue, cela fera cesser tout embarras, ainsi que nous le démontrerons, mais toutes les difficultés renaissent en présence du silence des cocontractants qui, dans la pratique, s'abstiennent souvent de manifester leur intention quant à la loi qui doit les régir.

10. Et nous devons trouver une loi unique ; car si l'on peut supposer deux lois différentes, réglant chacune la capacité des parties ; si l'on peut admettre que la rédaction de l'acte destiné à servir de moyen de preuve soit régie par une législation, tandis que la convention constatée est régie par un autre ; si l'on doit enfin décider que les

effets productifs ou translatifs de droits réels sont soumis à la *lex rei sitæ*, tandis que le contrat qui les a fait naître peut être soumis à une loi différente, nous ne saurions admettre dans une seule convention l'application de plusieurs lois, quand nous ne prenons en considération que les éléments intimes d'existence de cette convention et les suites qui doivent en résulter; en un mot, sa substance et ses effets.

11. Nous prétendons, en effet, trouver une loi unique pour régler la substance même de l'obligation; par substance, nous entendons exprimer ce qui est indispensable à sa formation, abstraction faite des parties et de leur capacité; tout ce qu'ont entendu dans cette expression les jurisconsultes romains; tout ce que Boullenois, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts* appelle *substantialia contractuum* par opposition aux *naturalia*, *accidentalia et solemnia;* tout ce qu'enfin le Code civil italien a compris sous ce mot dans son art. 9, § 2, qui est relatif à notre matière.

La loi qui réglera la substance de la convention régira également ses effets; par effets, nous entendons les résultats que la convention pourra produire sans distinguer, comme on a voulu le faire, entre ses effets médiats ou immédiats, ses suites prochaines ou éloignées, prévues ou imprévues, en rappelant toutefois l'exception déjà indiquée à propos des droits réels.

12. Lorsque nous aurons déterminé la loi applicable, nous devrons faire connaître son étendue dans la pratique. Nous étudierons les hypothèses les plus remarquables, dont quelques-unes donnent lieu à de vives controverses. Mais nous devons, dès à présent, donner une idée générale des différentes parties de la théorie des

obligations qui rentrent dans la sphère d'application de notre statut.

Nous indiquerons, en premier lieu, les règles relatives à la classification de la convention. C'est notre loi qui déterminera s'il s'agit d'un contrat commutatif ou aléatoire, de bienfaisance ou à titre onéreux, unilatéral ou synallagmatique, nommé ou innommé. En second lieu, c'est encore là que nous irons chercher les règles relatives au consentement, à ses vices : dol, violence, erreur, lésion, sauf une controverse sur ce dernier point; c'est notre loi qui nous apprendra quels sont les effets du dol, s'il est réel ou personnel, quand naît l'action en nullité pour vice du consentement, ou l'action en rescision pour cause de lésion. C'est encore là que nous trouverons la théorie des stipulations pour autrui, les effets de la clause de porter fort de la part du promettant et de la clause pénale de la part du stipulant. La loi de la convention nous fournira encore les règles relatives à l'objet, à la théorie de la cause. Nous y comprendrons les règles des effets des conventions à l'égard des tiers; les règles d'interprétation, les effets des modalités, terme, condition, alternative, solidarité; les règles sur la divisibilité et l'indivisibilité.

13. Nous appliquerons les mêmes principes aux conventions extinctives des obligations. Toutefois, pour ces dernières, nous aurons à éviter une confusion dangereuse; nous devons rester dans le domaine de la volonté, et tous les modes d'extinction des obligations ne rentrent pas dans cette catégorie. Nous pouvons, en effet, citer comme échappant à notre sujet : la confusion, la perte de la chose, la prescription, l'avènement de la condition résolutoire, isolé de la convention créatrice de cette condi-

tion ; enfin, la compensation qui fait naître un conflit d'une nature particulière et absolument étranger au statut d'autonomie.

14. Toutefois, il est un mode d'extinction qui ne laisse pas que de nous causer quelque embarras, il s'agit du *paiement volontaire*. Le paiement est bien en réalité une convention, il suppose un accord entre deux volontés ; mais cette convention n'est plus absolument indépendante, elle se rattache à un contrat déjà existant et ne laisse pas à la volonté des parties toute sa liberté, leur volonté actuelle est subordonnée à leur volonté passée et la loi qui régit le paiement ne dépend pas de l'intention actuellement exprimée ; aussi, croyons-nous devoir ne la traiter qu'à titre d'effet du contrat générateur de l'obligation.

15. Ici s'arrête notre sujet. Nous n'avons pas à prévoir les actes d'exécution qui peuvent être le résultat de la convention ; il y a là une question de procédure, c'est le pouvoir exécutif du pays où le contrat doit être exécuté qui vient prêter la main à cette exécution ; la volonté des parties est sans pouvoir, c'est la souveraineté territoriale qui va remplir sa mission, nous rentrons dans l'explication de la *lex fori*, loi nationale de la juridiction saisie du litige.

Nous nous sommes ainsi efforcé de limiter notre sujet d'une façon aussi précise que possible ; nous abordons, maintenant, la théorie en elle-même. D'abord, nous allons en donner un aperçu rapide dans le passé, puis nous l'exposerons telle que l'ont comprise les jurisconsultes modernes ; enfin nous rechercherons et nous apprécierons les applications qui en ont été faites et les exceptions fondées ou non qu'on a cru devoir lui imposer.

CHAPITRE II.

HISTORIQUE.

16. La volonté n'a point de patrie; dans le domaine des intérêts privés et en dehors des prohibitions de l'ordre public, l'individu est au-dessus du législateur, qui n'est que son interprète; mais, bien plus, la personne capable qui accomplit un acte volontaire fait la loi partout, et sa puissance créatrice d'obligations n'est point alors dépendante de sa nationalité. Dans le domaine des conventions, tous les hommes sont égaux, jouent un même rôle, jouissent de facultés semblables: ce que tel a voulu est une loi privée et une loi dans tous les pays.

17. Cette théorie, qui, de nos jours même n'a pas encore reçu son parfait développement, ne se retrouve pas, fusse à l'état embryonnaire, dans les législations primitives. Par cela même qu'elle constitue l'une des mises en œuvre les plus immédiates des principes du droit international privé, elle suppose, mieux comprise et mieux appliquée, la grande règle de l'égalité entre les hommes. Descendus d'une souche unique, nous sommes les unités d'une grande famille et nous avons des droits égaux parce que nous avons les mêmes devoirs. Mais combien on a été longtemps avant de soupçonner et cette communauté d'origine qui fait notre égalité et cette conformité de but et de destinée qui doit faire respecter les moyens mis à la disposition de chacun pour y parvenir.

La philosophie stoïcienne qui l'a indiquée, le christianisme qui l'a dégagée et surtout appliquée, les croisades qui l'ont facilitée par l'extension donnée aux relations

commerciales, sont autant d'étapes dans cette marche lente et pénible vers les vrais principes, au milieu des entraves créées par l'exclusivisme jaloux des religions païennes et l'esprit étroit de l'organisation féodale.

18. Les premières relations pacifiques qui se sont produites entre les hommes sont certainement des relations contractuelles ; il a fallu les nécessités pratiques d'une vie, dont les habitudes sauvages devaient progressivement s'effacer devant des besoins, toujours plus impérieux de bien-être et même de luxe, pour faire transiger avec la répulsion ou la haine qu'inspiraient à certains peuples ceux qui ne partageaient pas leurs croyances et vivaient sous des lois différentes.

Mais si l'organisation jalouse des sociétés théocratiques plie fatalement devant la nécessité de ces rapports, c'est, nous devons le reconnaître, l'intérêt individuel et l'égoïsme même qui opèrent cette transformation. Si l'on admet l'étranger sur le sol national, ce n'est point en considération de sa personne, ce n'est pas parce qu'il est un homme, c'est-à-dire un égal, l'idée d'humanité n'est point encore conçue, c'est seulement à cause des avantages réalisés sur l'excédent des fruits du sol ou de l'industrie nationale qui va, par son intermédiaire, trouver un débouché facile.

Or, il faut favoriser ces tendances, faciliter les relations internationales, c'est déjà l'intérêt de chaque état, bientôt cela deviendra une des conditions nécessaires de son existence. Ce n'est que pour cela qu'on les admettra. L'étranger n'est point un homme, c'est un barbare ; on ne lui reconnaîtra point de droits, mais, sauf à limiter autant que possible cette dérogation, on traitera avec lui, nécessité faisant loi. — Nous allons voir les nations de

l'antiquité, chez lesquelles la civilisation se développe rapidement, se trouver entraînées, par une impulsion presque fatale, à établir avec les étrangers des relations commerciales, tant pour exporter les produits surabondants de leur territoire que pour acquérir, en échange, ceux dont la nature du sol ou la spécialisation de leur industrie les avaient privés jusque-là. Alors, malgré l'exclusivisme de chaque loi, on voit se produire un fait remarquable : les conventions, qui chez les différentes nations se réduisent à un petit nombre de types, peu variés et procédant presque tous de l'échange, se multiplient au fur et à mesure que le contact avec les autres nations devient plus fréquent et plus facile ; les contrats se perfectionnent par la connaissance qu'on acquiert de types nouveaux, et l'on voit, dès cette époque primitive, se manifester l'influence utile qu'exerce sur les institutions d'un pays une notion plus complète des lois et des institutions des pays voisins. Telle a dû être l'origine des premières relations internationales ; tels ont dû en être les effets.

19. Mais nous devons nous demander maintenant quelles lois présidaient à ces rapports extra-territoriaux, quelle souveraineté s'attribuait la mission d'en régler les effets, d'en sanctionner les clauses. Or, la volonté individuelle n'avait alors aucun pouvoir ; chaque peuple, maître absolu sur son territoire et se souvenant encore de luttes récentes ou anciennes, n'admettait chez lui l'étranger que parce qu'il ne pouvait faire autrement, et ne devait pas permettre, en même temps, l'introduction d'une loi qui n'était pas la sienne, de principes qu'il n'avait pas encore reconnus, qui, peut-être, répugnaient à son esprit ou à sa religion ; c'est surtout à ce dernier point de vue qu'on

voit s'affirmer la souveraineté territoriale : les religions primitives faisaient de leurs prosélytes des êtres privilégiés, des êtres infiniments supérieurs à tous les autres peuples, qui n'étaient considérés que comme les membres de races inférieures et méprisées, des idolâtres et des ennemis. On ne saurait donc admettre le contrat entre la race privilégiée et la race impure qu'en considération de l'utilité qui en résulte pour la première, et sous la condition absolue que les individus, qui ne sont point comptés au nombre des élus, se soumettront aux prescriptions sévères de la loi territoriale, remplie pour eux de rigueurs inconnues aux régnicoles.

De l'esprit exclusif qui caractérise la constitution des sociétés anciennes, nous devons conclure que les contrats formés dans un pays entre un régnicole et un étranger étaient régis par la loi du premier; mais s'il s'agissait de deux étrangers, soit de même nation, soit de nations différentes, contractant dans un pays autre que le leur, il est à peu près impossible de dire si l'on appliquait la loi du lieu du contrat ou le droit naturel; si l'on s'en rapportait à l'équité pure ou au droit de nature, ce droit ne pouvait-être appliqué que d'après la manière dont l'entendait le juge saisi du litige, ce qui doit nécessairement le rapprocher beaucoup de la *lex fori*, qui sans doute était, en dernière analyse, la seule mise en œuvre dans le débat.

20. Nous passons de ces hypothèses extrêmement vagues et générales à des législations sur lesquelles nous possédons quelques détails un peu plus précis, quoique bien incomplets encore.

Nous voulons parler tout d'abord des législations grecques, et notamment de celles d'Athènes et de Sparte.

On établissait en Grèce une distinction bien tranchée

entre l'étranger et le barbare, tout au moins dans les temps primitifs : l'étranger est celui qui n'est point de la cité, mais dont le langage est le même, ou tout au moins peut être compris. Le barbare, dont la langue dérive d'une source différente et se sépare de l'idiome national par des caractères bien tranchés, ne saurait être considéré comme capable de droits ou digne de protection ; il faudra l'intervention tardive des philosophes pour faire comprendre que le barbare est un homme au sens légal du mot. Avec l'étranger, le Grec de cité différente, les relations furent facilitées dès l'origine : il fallait bien, vis-à-vis de lui du moins, transiger avec les principes exclusifs de la législation. Les intérêts commerciaux exigeaient qu'on donnât la sécurité aux contrats et que l'autorité publique intervînt pour protéger l'étranger qui vient s'établir dans la cité pour y faire le négoce ; c'est en ce sens qu'on établit à Athènes une distinction entre le barbare, qui est sans droits et ne jouit que d'une pure tolérance, le métèque, étranger domicilié dans la ville, pour lequel on crée une juridiction spéciale, mais qui paie par un impôt particulier la protection qui lui est accordée et vis-à-vis duquel la défiance se manifeste par l'institution de peines plus sévères que celles qui sont appliquées aux citoyens, enfin l'isotèle qui, en vertu d'un décret, acquiert tout ou partie des droits civils. Que les relations commerciales se multiplient, que le luxe crée des besoins nouveaux, nous allons voir ces distinctions s'effacer peu à peu, la concession des droits civils se généraliser, s'accomplir même tacitement, du moins en ce qui concerne les conventions. Le Macédonien pourra désormais plaider devant les juridictions athéniennes, tout au moins avec l'assistance ou par l'intermédiaire d'un proxène. La Proxénie était une institution en vertu de

laquelle un citoyen se chargeait de soutenir en justice les intérêts d'un étranger; elle permettait ainsi à ce dernier de faire sanctionner ses droits par les tribunaux athéniens, mais il devait pour cela jouir de ses droits civils.

Au point de vue spécial de la matière qui nous occupe, il convient de constater qu'il y avait en Grèce des tribunaux internationaux, établis en vertu de traités entre différentes cités. Ces tribunaux étaient chargés de la juridiction des contrats; ils étaient composés de membres des différentes cités et appliquaient aux parties la loi du pays où elles étaient établies.

Il y a dans cette institution un progrès que les Romains eux-mêmes n'ont jamais su atteindre, et l'on peut facilement se l'expliquer si l'on considère que Rome, par ses mœurs et sa philosophie même, se plaçait au-dessus de toutes les autres nations, tandis qu'une égalité relative régnait entre les cités grecques. Les doctrines stoïciennes avaient ébauché la théorie de l'humanité ; les principes d'égalité entre les hommes commençaient à se faire jour dans les esprits, effaçant peu à peu les doctrines étroites du paganisme et préparant les voies à la doctrine plus large et surtout plus pratique du christianisme.

Seule entre toutes les cités helléniques, Lacédémone a conservé pour l'étranger toute la répulsion et toute la haine qu'elle a puisées dans les lois et la philosophie de Lycurgue. La rudesse des mœurs et l'exagération d'austérité de l'existence même n'ont pas favorisé le développement du luxe et des arts ; le commerce y est nul, l'usage de la monnaie d'or et d'argent y est interdit ; un patriotisme mal compris fait repousser de la cité tout élément hétérogène ; on ne contracte pas avec l'étranger, il n'est pas une personne juridique susceptible d'avoir

des droits et capable d'accomplir des actes volontaires; on le dépouille de ses biens. Le vol est un art qu'on enseigne, si l'on n'ose en faire une vertu. L'étranger enfin reste soumis aux principes, parfois mal déterminés, de l'hospitalité antique; c'est la seule protection et la seule loi qu'il puisse invoquer.

21. Moins que la Grèce, nous l'avons dit, Rome a favorisé les étrangers. Cité puissante, entourée de voisins dont elle veut faire non des égaux ou des alliés, mais des sujets, elle se serait sans doute montrée moins réfractaire aux doctrines de la philosophie grecque sans l'idée de prééminence et de domination que nous retrouvons même dans ses institutions juridiques. Elle n'a point compris le droit international, l'égalité entre les hommes, la possibilité d'un conflit ne lui sont pas connues. Le principe est toujours la force, *adversus hostem perpetua auctoritas; hostis,* c'est l'étranger. Cependant la loi va établir des catégories; on accordera à titre de faveur exceptionnelle certains droits aux non-citoyens. C'est sur cette considération qu'est fondée la distinction entre les Latins, les pérégrins proprements dits, les péregrins *deditices* et les barbares. Pour les Latins, le droit civil n'est point absolument chose interdite; les pérégrins proprement dits sont soumis au droit des gens; les pérégrins *deditices* aussi, sauf certaines restrictions qui caractérisent la *pessima libertas;* les barbares enfin, vraiment hors la loi, ne comptent pas dans la société à titre de personnes juridiques, et leur situation vis-à-vis des Romains est peut-être plus défavorable encore qu'elle n'était vis-à-vis des Grecs. Les pérégrins alliés ou *deditices* conservaient le plus souvent chez eux leurs lois et leurs coutumes. C'était de la part du vainqueur une tolérance fondée sur les con-

sidérations que pouvaient faire prévaloir une politique habile et les nécessités de la conquête. Mais on ne conçoit guère la possibilité d'un conflit s'élevant entre le droit romain et les lois étrangères, puisque chacune avait son domaine soigneusement délimité et devait plier au besoin devant la volonté du maître, du Romain.

Il y avait, il est vrai, le droit des gens qui s'appliquait aux étrangers et dont le préteur pérégrin était l'interprète ; mais la distinction même établie entre ce droit et le droit civil proprement dit ne dérivait pas de la conception d'un droit international ; le *jus gentium* est une partie du droit civil considéré dans son ensemble, l'autre partie restant l'apanage exclusif du citoyen. Les Romains n'ont point compris qu'il pût y avoir un droit personnel autre que le droit civil, et s'ils eussent admis la possibilité des conflits, ils les auraient certainement résolus par les principes de la réalité. Ce caractère exclusif de la législation romaine s'était nécessairement manifesté dans la matière des conventions. D'ailleurs, le citoyen romain, même plébéien, considérait comme déshonorant tout ce qui était trafic ou négoce, il abandonnait à l'affranchi le rôle de commerçant, et de ce chef les relations entre citoyen et pérégrin sont plus rares que dans les autres pays. Le besoin d'approvisionner la ville et les intrigues politiques poussèrent cependant les patriciens eux-mêmes à se livrer au commerce des grains, ce qui établit des rapports plus fréquents avec les cités commerçantes de l'Asie. Cependant, on ne semble pas, à l'origine du moins, s'être montré très libéral dans les relations avec les étrangers, et c'est à titre de privilège, qu'en 584, le Sénat autorisa les ambassadeurs Gaulois à acheter en Italie les chevaux dont ils avaient besoin. Toutefois il convient de remarquer qu'au

fur et à mesure que la cité est moins fermée, c'est par la concession du *commercium* que se manifestent les premières tendances vers la conciliation. L'étranger, en vertu de cette concession, pourra acquérir le *dominium ex jure quiritium;* entré en relations d'affaires avec le citoyen, il verra sanctionner par les tribunaux les contrats qu'il a pu faire, à l'aide de la procédure formulaire, qui, de prétorienne qu'elle était tout d'abord, va devenir purement civile par l'effet d'une force naturelle que nous avons déjà constatée Mais tout cela n'est point encore le droit international, ce n'est que l'amélioration de la condition des étrangers. Qu'on se place dans les rapports du citoyen et du pérégrin ou dans ceux de deux membres des quelques cités autonomes qui entourent Rome, on ne voit point s'élever de conflits ; il y a le droit des gens pour régler toutes les difficultés, et jamais on ne peut supposer des lois contraires venant se faire échec.

22. Le christianisme apparaît et nous fait assister à une renaissance des principes régénérés et élargis de la philosophie stoïcienne. Nous voyons immédiatement ses effets se produire sur la législation par les modifications qu'y apportent les empereurs chrétiens. Malheureusement, il faut alors compter avec les barbares ; c'est une question capitale pour l'existence de l'empire, et le droit international ne peut naître encore.

Mais l'idée d'égalité entre les hommes est née ; l'empire romain s'est écroulé, nous entrons dans la période de la personnalité des lois ; le principe de la nationalité domine et chacun est soumis à sa loi d'origine. Sous l'empire de ce système de la personnalité des lois, nous ne voyons pas non plus se produire la possibilité d'un conflit, puisque

le domaine de chaque loi est limité avec un soin jaloux. Ce n'est pas que les mœurs des barbares eux-mêmes n'eussent acquis, sous l'influence du christianisme, une douceur de nature à favoriser le développement de principes plus humains. Certains passages des lois barbares semblent même démontrer qu'on accueillait avec faveur l'étranger et surtout le marchand étranger; les lois anglo-saxonnes prévoient même la responsabilité du père de famille qui a donné l'hospitalité à un marchand ou à un autre étranger. « *Si quis advenam tribus noctibus* » *hospitio exceperit, in propria sua domo, mercatorem* » *aut alium qui extrà limites advenerit, et eum ibi suo cibo* » *aluerit...* » (*Leg. angl. Elotharii et Eadrici*, art. 15.) Étranger pendant deux nuits, familier la troisième, nous disent les vieux proverbes néerlandais. La loi des Burgundes même garantit aux étrangers la faculté de s'établir sur le territoire, d'y acquérir des propriétés et, évidemment, d'y faire tous les contrats possibles, sous la protection des juridictions locales. Mais, en somme, nous ne trouvons et nous ne pouvons trouver aucune théorie précise, mais seulement des séries de faits qui ne sont rattachés les uns aux autres par aucun principe, et où l'on ne saurait retrouver aucune trace de méthode uniforme.

23. L'établissement de la féodalité, dont le corollaire se trouve dans le système de la réalité des coutumes, devait apporter encore une nouvelle entrave au développement normal de nos principes. Vainement, par l'effet des croisades qui, en multipliant les relations de peuple à peuple, avaient aussi facilité et accru les rapports commerciaux, avait-on vu mettre en pratique les doctrines de l'Église sur la fraternité des peuples, la résistance

jalouse des petites souverainetés territoriales empêchait tout rapport juridique d'où pût naître une théorie de droit international. C'est pourtant dans cette période que nous allons voir apparaître l'idée première des difficultés que peuvent soulever deux lois applicables dans la même cause.

24. Ce sont les glossateurs qui l'ont fait naître, et les postglossateurs qui l'ont résolue, en créant la théorie des statuts. Sans vouloir nous arrêter à une théorie qui n'intéresse notre sujet que par un côté, nous devons cependant en donner un aperçu avant d'en arriver plus spécialement à ce qui est relatif aux conventions. Les glossateurs et les postglossateurs ont été les apologistes du droit romain ; dans le domaine des idées politiques, ils veulent le rétablissement de l'empire des Césars, et cela dans un but purement humanitaire; dans le domaine des intérêts privés, ils font du *jus scriptum,* qui venait de renaître sous leurs efforts, la loi par excellence et l'idéal d'un système juridique. Mais ce n'est pas seulement à ces tendances que nous devons la naissance de la théorie des statuts : les villes d'Italie étaient très commerçantes, et leur négoce s'étendait bien au delà de leur territoire. Chacune, cependant, se trouvait soumise à certaines coutumes locales, qui faisaient échec à l'application du droit romain et, d'autre part, nuisaient, par leur diversité, à l'uniformité qui doit régner dans la réglementation des contrats. C'est pour remédier à ces inconvénients que les glossateurs ont créé une théorie destinée à limiter l'application des statuts locaux par une réglementation logique des conflits auxquels ils pouvaient donner lieu. A l'origine, on procéda par voie de solutions particulières, plus tard, on généralisa davantage, et les postglossateurs créèrent la distinc-

tion en statuts réels et statuts personnels. La tendance devait être à la généralisation de ces derniers. Nous la retrouvons dans les travaux de Balde, d'Albéric de Rosciate, et surtout de Bartole, qui posent le principe que la loi est faite pour la personne et que les biens n'en sont que l'accessoire.

25. S'il est vrai de dire qu'en créant la théorie des statuts ils aient cherché à lui donner sa véritable portée et à poser, en principe, l'application du statut personnel, il faut néanmoins reconnaître qu'ils n'ont point su comprendre, ni eux ni leurs successeurs, quels étaient le sens et la nature du statut des conventions. Bien que se défendant beaucoup de sacrifier aux systèmes réalistes, ils appliquent, en somme, à cette matière le principe de la souveraineté territoriale des coutumes. Pour eux, l'étranger qui contracte dans le territoire d'une coutume doit se soumettre à la loi de ce territoire. Pourquoi ? Ce n'est pas certainement pour le motif, généralement reçu, mais critiqué par les glossateurs et leurs successeurs, que les coutumes territoriales sont souveraines. C'est par une sorte de présomption, sans doute; mais présomption erronée, car elle se fonde sur une confusion avec les règles de compétence et, aussi, sur l'interprétation de la volonté des parties, appréciée par des présomptions légales. Or, il est bien évident que c'est détruire la volonté que d'établir des règles absolues pour l'interpréter. L'accord, d'ailleurs, n'existait pas entre les différents commentateurs; certains s'en tenaient à la loi du lieu du paiement, soutenant que c'était là que le contrat était censé fait; les autres, ainsi que nous venons de le dire, s'attachaient de préférence à la loi du lieu où le contrat s'était réellement formé. C'est l'opinion de Bartole (*Com-*

ment. in Cod. de summ. Trin. n° 13). « *Quæro quid de* » *contractibus? Pone contractum celebratum per aliquem* » *forensem in hac civitate : litigium ortum est et agitur* » *lis in loco originis contrahentium; cujus loci statuta* » *debent servari vel spectari? Distinguo, aut loquimur* » *de statuto, aut de consuetudine quæ respiciunt ipsius* » *contractûs solemnitates, aut litis ordinationem, aut de* » *his quæ pertinent ad jurisdictionem in ipso contractu* » *evenientis executionis; primo casu inspicitur locus con-* » *tractus.* » Tel est le système des glossateurs et des Bartolistes. C'est pour ainsi dire la réalisation du statut des conventions sous une coloration de personnalité.

26. Or, la théorie des statuts pénétrant en France y trouva le régime féodal établi dans toute sa vigueur. Les coutumes avaient alors un caractère de réalité, facilement explicable en présence de l'exagération de la souveraineté locale. Rien de plus naturel, par suite, que de voir décider que les contrats seront soumis à la loi du lieu où ils se sont formés. L'étranger qui traite sur le territoire d'une coutume est soumis à cette loi même s'il en ignore les dispositions; mais quand la convention devra produire ses effets en dehors de la localité où s'est formé le contrat, elle tombera successivement sous l'application des lois de chacun des pays où l'on aura à se préoccuper de son existence. C'est le système de la réalité la plus absolue.

Le caractère exclusif et absolu des traditions féodales devait singulièrement modifier l'impulsion donnée par les glossateurs à la théorie des statuts. Ceux-ci manifestent une tendance à la généralisation du statut personnel, dont on ne saurait méconnaître l'existence. Chez nous, le système inverse devait d'abord prévaloir.

La situation, en effet, était absolument différente : en Italie, des villes puissantes venaient donner à la bourgeoisie une influence, un crédit de nature à lui permettre de lutter contre les seigneurs ; chaque cité a son territoire, son armée, et par suite, sous l'influence du régime communal, se montre plus hospitalière et plus accessible aux étrangers que ne peut l'être un pays soumis à l'autorité souvent despotique d'un baron ; le nombre fait échec à la tyrannie. En France, il n'en est pas ainsi ; rien ne vient contrebalancer le pouvoir absolu du seigneur, rien ne vient en modérer l'exercice et lui apprendre la prudence à ses dépens. On comprend avec quelle énergie devait s'implanter le système de la réalité des statuts ; combien a dû être pénible la lutte entre le statut réel et le statut personnel, qui n'est, sous une face différente, que la lutte de la monarchie et de l'unité française contre la féodalité. Cette dernière devait succomber ; ébranlée par l'affranchissement des communes, elle reçut le dernier coup de la main des jurisconsultes, et son dernier défenseur, d'Argentré, devait céder devant les efforts réitérés de son adversaire, Dumoulin.

27. Chose remarquable, les Flandres, dont l'organisation politique rappelait plutôt celle de l'Italie que celle de la France, sont restées des dernières fidèles au système de la réalité ; tandis qu'en notre pays, la personnalité des statuts tend à devenir la règle, le système contraire est établi en Belgique, et rien ne peut ébranler le réalisme obstiné des jurisconsultes flamands. Il y a là une association suprenante entre les principes du système féodal et les tendances contraires que doit faire naître la pratique journalière de l'industrie et du commerce. Nous en trouvons encore un exemple particulièrement intéressant dans

le caractère spécial de la législation anglaise, dans l'exclusivisme de la *common-law* qui semble vouloir perpétuer les traditions réalistes des anciens temps. Sans doute, une même influence a donné l'essor à ces tendances si opposées aux développements de nos principes. A côté de l'esprit cosmopolite qui règne chez les peuples commerçants, il y a parfois l'antagonisme mal raisonné de la concurrence, qui fait sacrifier un intérêt bien entendu au besoin d'écraser et d'anéantir le commerce d'un pays rival. C'est cet antagonisme qui créa la lutte célèbre des deux cités les plus commerçantes de la Belgique, Bruges et Gand, et causa l'anéantissement de la première. C'est lui peut-être encore qui peut justifier le caractère étrange de la loi anglaise moderne, association bizarre et souvent heurtée des idées féodales et de l'esprit pratique des législations progressistes.

28. Quoi qu'il en soit des motifs de ce réalisme, nous le constatons d'une façon bien caractérisée chez les jurisconsultes belges, même chez ceux qui écrivaient au XVII^e^ siècle, époque où le statut personnel dominait dans la doctrine française. Nicolas de Bourgoigne pose le principe dans son *Commentaire sur les coutumes flamandes ;* pour lui, ce sont les choses qui attirent à elle la personne. Aussi réduit-il le statut personnel à un rôle tout à fait secondaire et méconnaît-il absolument celui de la volonté privée. Rodenburgh, Paul Voet, Huber, Hert, un Allemand, s'inspirent de principes moins exclusifs peut-être, mais aussi inexacts en ce qui concerne notre matière. C'est à Jean Voet, le fils de celui dont nous venons de parler, qu'il était réservé de jeter sur le statut des conventions un trait de lumière, méconnu d'ailleurs par ses contemporains.

Le 3 novembre 1693, le Conseil de Brabant, siégeant à Malines, tranchait solennellement la question. Elle s'était posée à propos d'une contestation relative au statut de communauté. C'est d'ailleurs sur ce terrain que nous la rencontrerons presque toujours désormais. Le statut de communauté est-il réel ou personnel ? Longtemps on méconnut qu'il y avait dans l'adoption de la communauté légale un effet de la volonté tacite des parties. C'est dans cette erreur que tomba le Conseil de Brabant en décidant que le statut de communauté est réel. (De Colonna, *Arrêts du grand Conseil de Malines*, t. II, p. 80; t. I, p. 269, 270.) Jean Voet s'est élevé contre ce système et il a aperçu la véritable théorie que nul, jusqu'alors, n'avait pu découvrir. Mais nous considérons qu'ayant dit le dernier mot sur notre matière et fait avancer le plus loin la théorie de l'autonomie, il doit avoir la dernière place, et nous réservons l'étude de son œuvre pour la fin de cet historique.

29. Au surplus, devons-nous revenir aux jurisconsultes français que nous avons abandonnés depuis trop longtemps. Nous ne voulons pas, d'ailleurs, nous attarder à rechercher une théorie absente dans les œuvres des plus anciens jurisconsultes, et nous arrivons, de suite, à la grande querelle de Dumoulin et d'Argentré, qui intéresse particulièrement notre matière. Querelle est bien l'expression propre, car les deux adversaires étaient animés de sentiments peu conciliants et transformaient souvent les arguments en personnalités plus ou moins blessantes.

La question se discuta à propos du statut de communauté. Elle est à proprement parler la suivante. Quand les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, quelle loi déterminera le régime de leurs biens ? On conçoit qu'elle se rattache directement à notre matière et que même elle

ait été l'origine de la controverse plus générale que suscita la matière des conventions, puisqu'il s'agit d'une interprétation de volonté tacite.

30. C'est ce que d'Argentré n'avait pas su reconnaître. Le commentateur de la coutume de Bretagne s'était fait l'avocat de la féodalité, battue en brèche de tant de côtés, et du pouvoir royal, contre lequel Dumoulin semblait vouloir prématurément s'élever. Aussi, d'Argentré était-il imbu d'idées réalistes, qui provoquaient chez son adversaire un torrent d'invectives, souvent suivies de ripostes non moins dures.

C'est à propos de l'art. 218 de la coutume de Bretagne et dans sa glose sixième (*Commentar. in patrias Britonum leges*, éd. 1608, p. 658), que d'Argentré aborde la question, et qu'il développe son système sur la théorie générale des statuts. Nous passons sur les points qui ne nous intéressent pas directement en constatant toutefois la création d'une catégorie spéciale de statuts que d'Argentré appelle mixtes et qu'il ne faut pas confondre avec celle qui fut établie postérieurement par Jean Voet.

31. D'Argentré examine successivement les applications de la théorie en ce qui touche les successions et les legs, puis il arrive aux donations, et notamment aux donations entre époux. L'art. 218 de la coutume de Bretagne permet à toute personne pourvue de sens de donner le tiers de son héritage à autre qu'à ses hoirs, sauf le cas de fraude à l'encontre de ces derniers. C'est à propos de ce texte que le jurisconsulte breton examine un certain nombre de difficultés relatives à l'effet des donations hors du pays où elles ont été faites, et la question présente un intérêt particulier en ce qui touche les donations entre époux, diversement réglementées par les coutumes. Entre autres

questions, il examine celle de savoir si une donation de conquêts faite entre époux bretons, mariés sans contrat, et par suite en communauté, aura effet hors de la coutume et pourra s'exécuter à Lyon, par exemple, ou dans tout autre pays de droit écrit. La solution de la question dépend évidemment de celle par laquelle on se demande si le statut de communauté est réel ou personnel. S'il est personnel, la donation s'exécutera sur les biens situés à Lyon, car ils seront soumis au régime de la communauté, il y aura, dès lors, des conquêts. Si le statut de communauté est réel, il ne saurait produire son effet hors de la Bretagne, et dès lors les biens situés à Lyon sont soumis au régime dotal; il n'y a pas de conquêts et la donation ne peut recevoir son exécution. (*Loc. cit.*, n° 32, p. 667.)

La question s'était posée, en 1525, dans un procès entre les héritiers du chancelier du Gannay et l'épouse survivante de celui-ci, et Dumoulin, consulté, s'était prononcé dans le sens de la personnalité du statut de communauté. Il soumettait à ce régime des biens situés dans des pays de droit écrit. D'Argentré indique cette solution pour la critiquer et se prononcer dans un sens opposé.

Quoique réaliste dans l'âme, d'Argentré n'était pas homme à nier qu'une convention expresse ne dût recevoir son effet en tout lieu, il ne méconnaissait pas le principe que la convention fait la loi des parties; mais, s'il admettait la règle, il n'avait pu concevoir la portée de son application. Le rôle de la volonté lui échappait absolument en matière de convention tacite; voilà pourquoi il combattait avec ardeur le système opposé de son adverversaire. Pour lui, le régime de communauté est imposé par la souveraineté locale à ceux qui se sont mariés en

pays de coutume sans avoir fait de contrat de mariage. Il s'agit d'une communauté coutumière, rentrant dans le statut réel et ne pouvant recevoir son application aux biens situés hors du ressort de la coutume. La loi, dans ce cas, n'a pas un rôle supplétif, mais un rôle souverain : « *nec » legales obligationes ab lege inductæ, conventionem » partium expectant de eo quod lex constituit, sed ad » factum hominis sæpe citra consensum per legem indu- » cuntur.* » Et par cela même qu'il s'agit de souveraineté, son application est limitée au territoire, « *lex non amplius » quam a legislatore, legislator non plus quam quantum » territorii habet.* »

A cette argumentation, il ajoute des exemples : lorsqu'un mineur se marie sans contrat, il tombe sous le régime de la communauté ; or, un mineur est incapable de consentir ; ce n'est donc point en vertu d'une convention tacite que ce régime lui est appliqué, mais par la souveraineté même de la loi. S'il en était autrement, le mineur, comme tous les incapables, pourrait exercer contre ce contrat tacite une action en rescision ; or, Dumoulin lui-même refuse d'aller jusque-là.

32. Dumoulin soutient que la communauté est une société ; si un autre que ce savant et honnête jurisconsulte avait soutenu une chose pareille, on pourrait l'accuser de se tromper lui-même ou de vouloir tromper les autres. C'est l'ardeur de la controverse qui l'emporte, « *in insi- » dias præcipitat, dum hostem persequitur.* » Peut-on dire qu'il y ait société quand tous les droits appartiennent à une seule personne qui peut librement disposer de la chose commune ?

D'Argentré conclut donc que le statut de communauté est réel et qu'il n'est point de convention tacite ou pré-

sumée telle qui puisse produire son effet contre une coutume réelle et territoriale.

33. Animé d'un esprit plus libéral, Dumoulin soutenait le système contraire avec une énergie qui devait faire triompher son opinion. Malheureusement, sa théorie se trouve renfermée dans les limites étroites du statut réel et du statut personnel ; on sent la gêne qui règne dans cette argumentation dont la portée est trop étendue pour le cadre qu'elle remplit, ou plutôt dont l'application se trouve restreinte dans une mesure qu'elle ne saurait comporter. Le principe, c'est qu'en matière de conventions tacites ou expresses la volonté est souveraine ; pourquoi Dumoulin, par une sorte de retour sur lui-même, la classe-il dans le statut personnel, émanation d'une souveraineté différente et par suite supérieure à la volonté, celle du domicile de la partie contractante? Là est le vice de son système et la tache qui en altère l'exactitude ; cette erreur, elle a été méconnue par ses contemporains, aveuglés comme lui par l'autorité qu'avait acquise la théorie des statuts ; bien des jurisconsultes modernes n'ont pas su non plus la découvrir.

34. A part cette importante critique, que nous devions d'abord mettre en lumière, nous pouvons rendre hommage aux efforts heureux de Dumoulin. Il s'est attaché surtout à bien établir l'existence et la portée des conventions tacites ; c'est sur ce terrain qu'existait la controverse, du moins pour les jurisconsultes français. Il a su dégager une théorie générale sur ce point : nous la trouvons dans son *Commentaire sur le Code*, au titre I du livre 1^er^, *Conclusiones de statutis.* (*Opera Molinaei*, t. III.) Pour ce qui est relatif aux formes extérieures d'un acte juridique, il renvoie à la loi du lieu où elles s'accomplissent, *locus*

regit actum. Mais si le statut est relatif aux conditions intrinsèques, à l'étendue du droit, il faut alors s'attacher à la volonté des parties et aux circonstances révélatrices de cette volonté, au nombre desquelles on peut compter le statut du lieu où le contrat s'est formé, celui du domicile ancien ou nouveau des parties, etc... Mais il ne faudrait pas tomber dans l'erreur des postglossateurs qui appliquent « *ruditer et indistincte* » la loi du pays où s'est formé le contrat, parce qu'ils se figurent qu'il y a lieu d'imposer cette loi comme souveraine. (Loi « *si fundus* », l. 6, ff. *de evict.*) C'est faux. Le droit applicable ici c'est la volonté au moins tacite des parties. Et Dumoulin donne des exemples. Un Helvète va en Italie où il vend une maison située en Suisse, laquelle est sa propriété. Or, la loi du lieu du contrat veut qu'il donne une double caution pour le cas d'éviction. Sera-t-il tenu de la fournir ? On l'a soutenu, croyant qu'il s'agissait là d'un statut réel, tandis que c'est un statut personnel qui n'est point obligatoire pour un étranger, surtout quand le statut personnel de ce dernier ne l'y oblige pas et que ce n'est pas une disposition de droit commun. C'est dans cette restriction de Dumoulin qu'apparaît le vice de son système. Elle semble, en effet, venir en contradiction avec la solution qu'il donne lui-même, à savoir : que pour obliger le Tubingeois en question à fournir les deux cautions exigées par la loi italienne, il faudra démontrer qu'il a entendu se soumettre à cette condition. Or, si l'on peut appliquer dans l'hypothèse, à raison de considérations spéciales, la loi de son domicile, ce n'est point parce que c'est son statut personnel, comme on pourrait l'induire de ce que dit Dumoulin, mais bien parce qu'elle constitue sa volonté présumée.

Ce dernier, toujours interprétant la volonté des parties, manifeste d'ailleurs ses préférences pour l'admission, à titre de présomption, de la loi du lieu du paiement plutôt que de celle de la formation du contrat. Nous ne voulons point, quant à présent, critiquer cette solution qui a été adoptée par des auteurs modernes et que nous trouverons ailleurs l'occasion de discuter.

35. C'est à la suite d'une discussion animée sur la solution à donner à la difficulté que nous avons formulée plus haut que Dumoulin arrive à la question classique, qui a fait naître le différend célèbre entre lui et d'Argentré, sur les conventions matrimoniales. On applique à cette matière, et à défaut de conventions expresses, la loi du domicile du mari, lors du mariage. Un changement de domicile ne saurait d'ailleurs apporter de modification au régime pécuniaire actuel des époux. La raison est que la première loi a été adoptée en vertu d'un pacte tacite dont l'effet est perpétuel. Or, ce contrat tacite a une force absolue, il s'étend à tous les biens des époux et il a de plus un caractère permanent; la seule limitation qu'il convienne d'y apporter est dans l'existence d'une coutume prohibitive qui aboutirait nécessairement à faire écarter la première, du moins sur son territoire. Dumoulin justifie l'adoption du statut du domicile matrimonial en disant qu'elle résulte de la volonté présumée des fiancés, au silence desquels il doit être suppléé, et qui sont censés s'y être référés à défaut de clause expresse.

Le statut de communauté ne saurait donc être considéré comme un statut réel. Si la loi règle par ce régime les conventions pécuniaires des époux qui n'ont pas fait de contrat, c'est parce qu'elle présume qu'ils ont entendu l'adopter. Il y a là, en conséquence, une convention dont

les effets ne sauraient être restreints au territoire d'une seule coutume, mais doivent s'exercer partout comme s'il s'agissait d'une convention exprimée.

36. Tel est le système de Dumoulin et telle est la manière dont il a dégagé le principe vrai, sans cependant parvenir à en déterminer exactement le caractère. Dans cette querelle célèbre, il devait triompher et recevoir la sanction de la jurisprudence. Et pourtant, ce n'est point à lui qu'il devait revenir de faire connaître le principe même de l'autonomie, mais à un statutaire belge, à Jean Voet, plus d'un siècle après lui.

37. Les contemporains de Dumoulin devaient profiter de ses idées. Guy Coquille se montra un des partisans déclarés du statut personnel, et poussa cette doctrine un peu plus loin que lui en posant en principe la personnalité des statuts et proclamant, avec plus d'énergie que Dumoulin lui-même, le principe de la liberté des conventions; « la volonté qui est libre en vertu de la coutume » doit être libre partout », nous dit-il. Malheureusement, il semble n'avoir compris le rôle de la volonté que sous un jour bien imparfait, et si l'on se porte à sa *Coutume du Nivernais*, au titre : Des droits appartenant à gens mariés (art. 27, p. 277), on verra qu'il méconnaît absolument le principe; il subordonne la volonté à la coutume, et décide qu'elle emprunte toute sa force au seul effet de la loi qui la sanctionne. La doctrine de Coquille a été vivement critiquée par Froland (*Mémoire sur les statuts*, t. II, p, 1026), sans que, d'ailleurs, celui-ci ait reconnu l'erreur véritable de celui auquel il s'attaquait.

Les tendances à la généralisation du statut personnel avaient, en effet, rencontré d'autres adversaires que d'Argentré; Basnage, le commentateur de la coutume de

Normandie, avait pris parti dans la controverse; imbu des idées de souveraineté territoriale et d'autorité locale de chaque coutume, il craignait de voir le système nouveau anéantir l'organisation législative ancienne. Aussi, va-t-il plus loin encore que d'Argentré en ne permettant pas aux parties de déroger, par une convention, aux dispositions, même non prohibitives ou impératives, des coutumes. Pour lui, chaque coutume doit être maîtresse dans son territoire, et une volonté individuelle n'y saurait déroger. Ce sont là les derniers efforts du système réaliste en notre matière; il devait bientôt perdre du terrain, grâce aux efforts de la doctrine et de la jurisprudence.

38. Bacquet, dans ses *Questions* (chap. 21; *Œuvres*, t. I, p. 580), nous rend compte d'une décision rendue par Messieurs du Trésor, le 20 mars 1616, confirmée par arrêt du 20 juillet 1617. Cette décision était intervenue dans les circonstances suivantes : un maître peignier, du nom de Marin Lantony, avait épousé, à Rouen, en première noce, une dame Marie le Fèvre, sans faire de contrat; il abandonna ce domicile pour venir, au cours du mariage, s'établir à Paris, où il acheta une des boutiques du palais. Sa première femme étant décédée, après avoir donné naissance à deux enfants, Marin Lantony se remaria à Paris et, pendant ce deuxième mariage, fit cession et transport de partie de sa boutique à Marguerite Leblanc, sa fille du second lit. Or, les héritiers de la première femme vinrent réclamer l'annulation partielle de la cession consentie sur ladite boutique, demandant qu'elle leur fût attribuée pour moitié, à raison de leurs droits sur les acquêts de la communauté, l'acquisition ayant été faite par Marin Lantony sous l'empire de la coutume de Paris. Mais les défendeurs opposèrent avec succès que la première

union de Marin Lantony se trouvait régie par la coutume de Normandie, qui n'admettait pas la communauté entre époux; qu'il s'agissait là d'un statut personnel et d'un contrat irrévocable devant recevoir son application pendant tout le mariage et sans qu'un changement de domicile y pût rien modifier. Ce système fut adopté par les juges en premier ressort et en appel. C'était l'application de la maxime : *Pactum et statutum parificantur*. La même théorie avait été déjà indiquée par Bacquet dans son *Traité des droits de justice* (chap. XXI, nos 66 et suiv.), avec documents de jurisprudence à l'appui.

39. Le XVIIIe siècle n'apporta point de progrès dans la matière. La tendance est au maintien de la théorie des statuts et au perfectionnement de la distinction en statut réel et statut personnel; mais, en France du moins, on ne fait rien de plus et l'on ne songe pas à modifier les termes insuffisants de la classification. Pocquet de Livonnière (*Règles du droit françois*, liv. IV, ch. 1, règ. III et IV) formule, d'une façon précise, les principes déjà consacrés définitivement par la jurisprudence en matière de contrat de mariage et sur la communauté légale, qu'il qualifie de « contrat tacite aussi inaltérable qu'un contrat exprès ».

40. Au point de vue de la matière des conventions en général, nous trouvons, dans les auteurs du XVIIIe siècle, de longues dissertations fort embrouillées dans lesquelles n'apparaît aucune règle bien précise et bien nette. Boullenois distingue, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* (t. II, observation 16, p. 449), entre quatre catégories d'éléments à distinguer dans un contrat :

1° *Contractuum substantialia*,

2° *Contractuum naturalia*,

3° *Contractuum accidentalia,*

4° *Contractuum solemnia.*

Les *substantialia* peuvent être définis « quæ ita » formam et essentiam unuscujusque actus constituunt » ut sine iis talis actus esse non possit, cum forma dat » unicuique esse id quod est. » On peut encore définir ces éléments *medulliter actum concernentia.* C'est ce que nous avons entendu exprimer par le mot *substance* dans le titre de cette étude. Il ne faudrait pas, d'ailleurs, attribuer au mot *forma*, employé dans la définition ci dessus, le sens de forme solennelle, ce serait établir une confusion entre les *substantialia* et les *solemnia ;* ces derniers éléments constituent les formes extérieures prescrites par la loi *post actum originatum.*

Les *naturalia* sont les effets que doit entraîner par lui-même l'acte juridique accompli, sauf aux parties à en modifier la formation ; par exemple, la garantie est un élément *naturale* de la vente.

Enfin les *accidentalia* sont les pactes joints à un contrat pour faire varier ses effets ordinaires.

41. Ayant établi cette distinction, Boullenois recherche, assez péniblement d'ailleurs, ce qui doit rentrer dans chacun de ces termes. Les controverses qui fourmillent sur ces différents points rendent sa tâche assez pénible. Après avoir considéré plus spécialement plusieurs difficultés, notamment les questions relatives à la tacite reconduction qui, suivant lui, est soumise à la loi où est situé le fonds, il conclut que les auteurs ont pour la plupart confondu la loi du contrat avec la juridiction. « Paria sunt forum alicubi sortiri et statutis ligari : sibi ibi forum, ergo et jus. » Il combat cette opinion par d'excellentes raisons « En » effet, dit-il, parmi nous les juridictions sont de droit

» public et les actes n'attribuent de droit commun et or-
» dinaire à aucune juridiction; par conséquent, il n'est pas
» possible de présumer que les parties aient voulu s'as-
» treindre aux lois d'un lieu dont elles ne sont pas justi-
» ciables. » C'est cette idée de l'intention présumée, idée dont Boullenois, pas plus que ses devanciers, n'a malheureusement pas compris toute la portée qui va dicter la solution par lui donnée : chercher la loi que les parties ont dû adopter, laquelle sera ou la loi du lieu où le contrat s'est formé, ou celle du domicile du débiteur, suivant que l'une ou l'autre est plus ou moins favorable au débiteur. Il y a, dans le système de Boullenois, un progrès très marqué sur celui de Dumoulin ; il ne parle plus de statut personnel, mais il le sous-entend, c'est toujours la théorie des statuts qu'il développe, quoique l'appliquant avec plus de discrétion. On ne doit cependant pas méconnaître qu'il ait contribué pour sa part à l'édification de la théorie moderne.

42. Tel est le dernier état de la théorie des conventions dans la doctrine française ; mais nous avons encore à étudier l'œuvre de Jean Voet, le jurisconsulte belge, dont les travaux firent faire à notre matière un pas de plus vers la véritable solution. Nous devons la chercher dans son *Commentaire sur les Pandectes* (liv. I, tit. 4, pars 2ª, n° 18. Édition 1757). Il pose ainsi la question : Peut-on, par une convention, déroger aux dispositions d'un statut local? Le problème est ainsi placé sous un jour nouveau; et l'on sent désormais le rôle capital que la volonté peut être appelée à jouer. Il ne s'agit plus, en effet, comme on le voit dans les autres jurisconsultes, d'imposer à une convention l'application d'une certaine loi ou d'un certain statut, parce qu'on présume toujours, et quelles que soient les circonstances, que cette loi doit s'appliquer. Il ne s'agit

pas de la question de savoir quels sont les effets plus ou moins étendus d'une convention valablement formée, point sur lequel tout le monde est d'accord. Ce que Jean Voet met en question, c'est le libre exercice de la volonté faisant la loi contre la loi, créant pour les relations entre particuliers des règles opposées à celles qui ont été établies par le législateur. Et il crée une distinction entre ce qui intéresse d'une part l'ordre public, les bonnes mœurs, et les formes solennelles des actes et, d'autre part, ce qui n'a trait qu'à un intérêt privé « et alia quæ primario pri- » vatorum jus, commodum ac favorem concernunt. » Les premières règles ne peuvent être modifiées par une volonté particulière, car les lois qui intéressent l'existence de l'État ne peuvent être abandonnées au caprice des individus. Il faut, d'ailleurs, bien distinguer les dispositions prohibitives des règles simplement négatives qui ne sont pas d'une autorité aussi absolue. En ce qui touche ces dernières et toutes celles qui n'ont pas le caractère prohibitif, la volonté privée est souveraine. « Quod si nullam prohi- » bitionem statuta complectantur, sed simpliciter dispo- » nant quod videretur esse e re privatorum, non dubium » quin ab hisce vel per renunciationem, vel per pacta et » conventiones recedi possit. » C'est bien là la véritable autonomie, la fonction d'élection de la volonté qui, lorsqu'elle choisit une loi, la fait sienne et laisse au législateur le rôle d'un interprète et non celui d'un souverain.

43. Or, cette puissance de la volonté exprimée ne saurait être changée ou diminuée si l'on se trouve en présence d'une volonté tacite ou présumée (*ibid.*, n° 19). « Sed ut hæc quisque potest expressa voluntate, ita et, » quominus a talium statutorum dispositione per tacitam » præsumtamque voluntatem recedat, nihil vetat. » Ainsi

on présumera qu'une personne se réfère en général à la loi de son domicile, à laquelle elle doit être accoutumée, et qu'elle semble adopter par cela même qu'elle ne s'en réfère à aucune autre « eo quod si aliud voluisset in con-» trahendo potuisset aliud nominatim pascisci ». Cette convention tacite, ainsi réglementée, recevra son effet en tous pays ; si la loi du domicile matrimonial soumet les époux à la communauté réduite aux acquêts, ce régime s'appliquera même aux biens situés en pays de communauté universelle.

Jean Voet, en effet, a examiné en détail la célèbre question de savoir quel est le statut de communauté, il avoue avoir été réaliste, mais le système de la personnalité doit évidemment l'emporter. (Jean Voet, *Comment.*, liv. XXIII, t. II, n° 85.)

Mais, et c'est en cela que Voet a aperçu la véritable solution, il faut dégager la controverse de toute idée de statut, et s'en tenir à la simple volonté des parties, qui répugne à une classification aussi étroite que celle du statut réel et du statut personnel. « Notandum, deni-» que, disputationes illas, an contractus informet sta-» tutum, an contractus informetur a statuto, an statutum » transeat in vim legis privatæ, an statutum reale possit » informare contractum personalem, an statutum regatur » a contractu, an contractus regatur a statuto, aliaque his » similia, prætermitti posse, si mentem verbis simplicibus » apertisque explicemus. »

C'est ainsi que nous retrouvons, dans une analyse rapide de ces quelques passages, la théorie de l'autonomie au moins dans ses traits essentiels. Malheureusement, elle est timidement ébauchée et se trouve perdue dans le cadre trop vaste d'un commentaire sur les Pandectes. Aussi

a-t-elle porté peu de fruits et semble-t-elle être restée lettre morte pour les jurisconsultes français, près desquels elle est passée inaperçue.

44. Nous arrêterons ici cette étude historique de notre sujet; aussi bien est-ce pour ainsi dire avec Jean Voet, Boullenois et Froland que se termine son histoire. La théorie est restée stationnaire jusqu'à la renaissance du droit international privé avec de Savigny, Fœlix et les Internationalistes italiens. Avec eux, elle a commencé à être nettement formulée et à acquérir l'autorité qui devait la faire prévaloir, mais avec eux nous sortons du domaine de l'histoire et c'est sur leurs noms que nous devons clore ce chapitre.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE LA VOLONTÉ EXPRIMÉE DES PARTIES ET DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE.

45. Les principes que nous avons à établir et à développer aux débuts de cette théorie ne sont point de ceux qui doivent recevoir leur application seulement en droit international; ils présentent, au contraire, un caractère de généralité qui les rend susceptibles de rentrer à bien des points de vue dans le droit interne. Ils dérivent, en effet, d'une idée philosophique, d'une vérité absolue dont la sphère ne saurait être limitée à notre sujet. Cette idée, que nous devons tout d'abord mettre en lumière, va donc nous entraîner un peu en dehors de notre matière; mais nous nous empresserons, après quelques aperçus généraux et indispensables, de revenir au droit international proprement dit.

46. Nous avons à nous occuper des règles qui président à la naissance, à l'existence et, même dans une certaine mesure, à l'extinction de toute une catégorie d'obligations, celles qui sont l'œuvre de la volonté. Or, nous devons constater que ces obligations sont celles qui se conçoivent le plus facilement, puisque leur création est due à l'exercice d'une faculté naturelle de l'homme.

47. La loi peut, dans un but d'utilité parfaitement justifié, faire naître des obligations à la charge des particuliers, comme cela se produit dans le cas de dette alimentaire; la faute et la simple négligence peuvent engendrer un résultat identique dans l'hypothèse du délit civil et du quasi-délit; un acte volontaire unilatéral peut entraîner la même conséquence en dehors même de toute idée de préjudice causé, mais, au contraire, en considération le plus souvent d'un avantage produit dans le quasi-contrat; mais le générateur d'obligations le plus efficace et, disons-le aussi, le plus rationnel, est certainement l'accord des volontés privées, la convention, « in idem placitum duorum » pluriumve consensus ». Et telle est la puissance de ce fait juridique, que nous appelons convention, qu'il n'a pas seulement pour effet de faire naître des obligations, mais encore qu'il peut les modifier, comme dans la novation, ou les éteindre, comme dans le mutuel dissentiment, quelle qu'ait été d'ailleurs la cause de leur formation, faute ou volonté. Or, ces derniers effets constituent l'apanage presqu'exclusif de la convention, et l'on voit, par suite, quel rôle capital la volonté doit jouer dans les relations juridiques que nous devons étudier.

48. Mais, tout d'abord, comment se produit et comment se justifie, à un point de vue général, ce rôle créateur de l'accord des volontés?

La personne civile capable jouit, en ce qui a trait à la gestion, à la réglementation de ses intérêts privés, d'une liberté complète et sans autres limites que celles des lois prohibitives en présence desquelles elle se trouve, Or, un des attributs essentiels de cette liberté même est la faculté d'en restreindre à son gré l'étendue, de l'aliéner partiellement et dans une certaine mesure, l'aliénation totale de la liberté ne pouvant se concevoir et étant contraire à la nature. Par cette disposition volontaire de ses droits, la personne établit à la sphère d'exercice de sa liberté une limitation nouvelle; elle s'astreint au profit d'une autre personne, qui de ce chef acquiert un droit, à l'accomplissement de certains actes auxquels elle n'était point antérieurement obligée, ou à une inaction à laquelle, sans cela, on n'aurait pu la contraindre. D'autre part, nous devons aussi supposer que celui au profit duquel on a restreint sa liberté a entendu étendre la sienne, car s'il est vrai de dire qu'on ne saurait être obligé sans l'avoir voulu, en matière de convention du moins, il n'est pas moins certain qu'on ne peut acquérir un droit, dans le même ordre d'idées, sans un acte de volonté C'est donc la rencontre de deux volontés qui fait naître l'obligation; et la volonté est donc bien la cause la plus naturelle et la plus logique de ce phénomène juridique, puisqu'à raison même de son existence nous restreignons la liberté du débiteur pour étendre celle du créancier.

Et pouvait-il d'ailleurs en être autrement? N'est-ce pas le droit naturel même qui a dicté ces principes? Si l'utilité privée et l'utilité générale exigeaient qu'on attribuât cet effet extensif ou restrictif de la liberté à la faute et à certains actes unilatéraux, c'est surtout à la convention, acte éminemment volontaire, qu'on devait attribuer

le libre exercice d'un droit qui est le complément nécessaire de l'activité humaine ; c'est surtout à la volonté qu'il appartenait de toucher à la liberté sans laquelle elle ne saurait se concevoir. L'homme est un être volontaire ; c'est sur cette idée que se fondent toutes nos règles de droit, et c'est aussi un être libre, sans quoi il n'aurait pas besoin de volonté ; d'active qu'elle doit être, elle deviendrait passive, ce qui serait, en somme, sa négation. A elle donc le principal rôle quand il s'agit de toucher à un droit sans lequel elle n'existe pas. L'intérêt social et les principes philosophiques sont, comme en toute matière, d'accord sur ce point.

49. Au reste, et dans un ordre d'idées voisin, il ne suffisait pas de laisser à la volonté son libre exercice dans la création des obligations. Elle serait inutile si elle n'était respectée, mais elle serait encore inefficace si elle n'était sanctionnée. Une obligation est vaine, en droit du moins, si une force supérieure à celle des particuliers n'en vient pas assurer l'exécution. Or, c'était au législateur que convenait ce rôle capital, à lui de créer l'action, qui n'est en somme que le moyen donné au créancier de mettre en œuvre les droits qui sont dans son patrimoine. Nous n'avons formulé ce dernier principe que pour faire ici une constatation importante que nous allons maintenant développer. Il peut arriver que la convention ait une cause ou un but contraire à la morale, ou dangereux pour la société ; la volonté, dans ce cas, est-elle dénuée de son pouvoir créateur d'obligation ? Pratiquement, elle ne saurait produire aucun résultat, elle est comme inexistante théoriquement, elle n'est pas plus efficace ; elle sort, en effet, de la sphère où elle peut se mouvoir, elle franchit les limites que lui ont tracées la morale et la loi ; or, elle ne

saurait s'exercer sur un terrain qui lui est étranger, lorsqu'elle n'est pas juste, elle n'est plus libre.

Mais il convient de se mettre en garde contre une confusion qui peut se produire entre les conventions illicites et les conventions non sanctionnées. On peut, en effet, en matière d'actes volontaires, distinguer trois degrés dans l'intervention de la puissance publique. Il y a, en premier lieu, des conventions que la loi reconnaît et sanctionne, celles-ci donnent naissance à une obligation civile ; il y en a, en second lieu, qu'elle reconnaît mais qu'elle ne sanctionne pas, et l'on appelle alors naturelle l'obligation qu'elles produisent ; en troisième lieu, enfin, il y en a qu'elle ne reconnaît pas et qu'elle ne sanctionne pas davantage, ce sont celles dont nous venons de parler, celles qui ont une cause illicite ou un objet immoral. Or, ces dernières se distinguent essentiellement des précédentes : dans les conventions qui ne produisent qu'une obligation naturelle, la volonté conserve toute son efficacité, puisqu'elle se meut dans la sphère de ses droits ; mais la puissance publique, tout en reconnaissant l'existence du fait juridique et l'obligation à laquelle il a donné naissance, lui refuse le secours d'une sanction directe ; l'obligation naturelle pourra être valablement exécutée, et on ne saurait point revenir sur cette exécution accomplie ; mais elle ne se produira que sur l'initiative du débiteur et sans contrainte de la part du créancier : tels sont les caractères de cette catégorie de conventions.

Si nous supposons, au contraire, la volonté sortant des limites imposées par la morale ou les lois protectrices de l'ordre social et s'exerçant dans un but illicite ou pernicieux, nous la verrons rester aussi impuissante que les vains efforts du paralytique, qui cherche à

remuer les membres auxquels la mobilité a été retirée. Non seulement elles manquent de sanction, mais encore elles n'existent ni devant la loi, ni devant la raison. Nous n'avons donc à faire allusion à ces conventions, ou plutôt à ces fantômes de conventions, que pour montrer qu'elles sont en dehors du domaine de la volonté, qu'ici l'autonomie n'existe pas; et c'est à ce point de vue que nous nous placerons en étudiant l'une des exceptions capitales qu'il convient d'apporter à notre théorie. Malheureusement, nous aurons occasion de le constater, les législations positives ne se sont pas accordées sur le point de savoir quels sont exactement les caractères des actes contraires à la morale ou à l'ordre public, de telle sorte qu'il s'élève des conflits, d'ailleurs faciles à résoudre, la souveraineté territoriale étant absolue dans ce cas.

50. Nous avons ainsi terminé l'exposé rapide que nous avions annoncé des principes généraux sur le rôle de la volonté en matière d'obligations. Nous devons maintenant revenir à ce qui est, à proprement parler, notre sujet, au rôle de cette même volonté en droit international privé : or, en cette matière, nous devons poser les mêmes principes pour en tirer des solutions analogues, quoique ayant un portée plus étendue.

51. Lorsque la volonté des particuliers, s'accordant sur une question d'intérêt, a formé dans un pays une convention licite, elle doit être respectée et sanctionnée par les lois de tous les autres pays. Nous n'en voulons point donner pour motif la nécessité où se trouve chaque État de faire aux autres des concessions qui seraient de pures tolérances, et cela dans le but de provoquer des mesures réciproques. Le système qui se fonde sur la *comitas gentium* peut séduire les esprits qui ne s'attachent qu'au

point de vue utilitaire. A cet égard, notre règle est d'ailleurs absolument fondée, car la fortune de chaque État est fortement intéressée au respect des contrats dans les rapports internationaux ; c'est une condition essentielle des relations commerciales entre les différents peuples. Mais nous préférons à ces considérations assez fragiles, en somme, et dont l'application absolue peut devenir dangereuse, le système bien plus logique et bien plus juridique développé par Savigny. En cas de conflit entre différentes lois, il convient de « déterminer pour chaque rapport de » droit le domaine le plus conforme à la nature propre et » essentielle de ce rapport. »

Or, appliquant cette formule abstraite, nous devons décider que le domaine d'un rapport de droit créé par la volonté est celui que la volonté même a déterminé, c'est le statut d'autonomie. Ce rôle de la volonté que nous venons d'indiquer dans la théorie apparaîtra plus clairement si nous recherchons quelle est son action pratique.

Nous supposons une convention intervenue entre deux ou plusieurs personnes dans le but, soit de faire naître, soit de modifier, soit d'éteindre des obligations ; il va dès lors se manifester, par suite de ce concours de volontés, des relations juridiques que le législateur a dû prévoir pour en régler les effets et les conséquences. Un contrat, en effet, ne constitue pas en général un fait simple, mais bien un ensemble complexe, dont les éléments multiples peuvent échapper à la prévoyance des personnes inexpérimentées ou du moins ne point faire l'objet d'une clause spéciale et précise. Il a donc fallu que le législateur intervînt pour guider la volonté des parties et l'expliquer au besoin. D'après nos principes théoriques, le législateur ne devrait avoir à jouer ici que le rôle secondaire d'un inter-

prête ou d'un conseil, si l'on fait abstraction, toutefois, de la nécessité d'une réglementation impérieuse dans les hypothèses où l'ordre public est intéressé. Mais une pratique pleinement justifiée, accroissant dans une large mesure ce droit d'interprétation, a permis au législateur de proposer un certain nombre de contrats-types dont il a prévu et réglé les conséquences, et l'expérience est venue démontrer combien cela avait été utile ; on a vu les contrats qui ont ainsi trouvé place dans les lois universellement adoptés et presque toujours tels qu'ils avaient été organisés ; le contrat de mariage, la vente sont merveilleusement réglementés par notre Code civil.

Les législations positives en sont donc parvenues à ce point que, tout en laissant subsister la grande loi de l'autonomie, elles ont suppléé non seulement à tout ce que la volonté des parties peut avoir d'obscur, d'incertain, mais encore, et dans une large mesure, à ce qu'elle peut avoir d'imparfait par une réglementation intégrale des contrats usuels, dans lesquels elles se sont, pratiquement du moins, presqu'entièrement substituées à l'initiative individuelle. Mais, partant de ce principe unique, elles ont suivi des voies, sinon absolument différentes, du moins quelque peu divergentes, sur l'application du principe lui-même; de telle sorte que les particuliers n'en restent pas moins libres de choisir tel ou tel type de contrat dans la législation qui leur plaît, en le modifiant à leur volonté, ou d'en créer de nouveaux pour leurs besoins actuels; en un mot de faire telle convention qu'il leur plaira, à la condition de ne point violer les lois prohibitives des pays où ces conventions doivent produire des effets et recevoir une sanction.

52. Mais, au point de vue spécial qui nous intéresse, il convient d'insister sur cette idée que, si les parties

peuvent former, par un acte volontaire, le lien juridique qui les unit, elles doivent aussi pouvoir choisir la loi qui réglera leurs situations respectives, considération qui a surtout de l'intérêt, quand plusieurs législations s'offrent à leur choix. Les rapports qui doivent exister entre elles ont un caractère essentiellement conventionnel, et la loi qui devra leur être appliquée est simplement interprétative ou supplétive, dans la proportion que nous avons indiquée ; libre à elles donc, contractant dans un pays, d'adopter la loi de tel ou tel autre pour régler la formation et les effets de leur convention, tant que cette loi ne portera pas atteinte à la souveraineté territoriale et à l'ordre public dans les pays où, par suite d'un concours de circonstances diverses, elle devrait être appliquée.

53. Résumant cette discussion, nous constaterons que désormais la liberté des parties se manifeste en cette matière à un double point de vue : d'abord quant à la formation même de la convention et à l'élaboration de ses éléments intimes, puis dans le choix de la loi qui devra régir cette convention, l'interpréter, en régler les conséquences, en sanctionner les effets pour tout ce qui n'aura pas été exprimé. Tel est aujourd'hui l'étendue du libre exercice des volontés individuelles. Nous n'avons guère à nous occuper ici que du second point de vue, c'est-à-dire de l'hypothèse où les parties ont à faire choix d'une législation. Or, dans ce cas, lorsqu'une volonté expresse et non douteuse aura adopté une loi acceptée d'une façon non équivoque par l'autre partie, nous devrons l'appliquer sans hésitation. Les parties se l'approprient en effet par suite du choix exercé, elles en font une clause de leur convention, et c'est comme telle que les tribunaux doivent l'appliquer.

54. Telle est la théorie de l'autonomie que nous devions tout d'abord exposer pour déterminer le rôle principal et essentiel de la volonté dans le choix de la loi applicable aux conventions. Nous avons vu comment Dumoulin avait su mettre en lumière ce caractère des conventions, tout en commettant l'erreur de les faire rentrer dans le statut personnel, ce dont nous avons donné la raison. Il n'est pas inutile de rappeler ici ce que nous avons vu dans notre historique et d'indiquer encore une fois, pour la réfuter d'un mot, la théorie des réalistes. Leur système, évidemment mal défini, s'accentue cependant d'une façon certaine dans les ouvrages des jurisconsultes flamands et hollandais, dont les tendances à l'exagération de la souveraineté territoriale apparaissent fort bien en notre matière. « Qui alieno loco contrahit » tanquam subditus temporarius, legibus loci subjicitur. » Telle est la formule de Grotius, formule qui nous révèle parfaitement la manière dont les réalistes entendaient régler les conflits en cas de convention.

La meilleure réfutation d'un système qui ne compte plus aujourd'hui de partisans est l'exposé même que nous avons fait de la théorie de l'autonomie inconnue aux anciens jurisconsultes. Pour nous, désormais, la souveraineté territoriale n'a à jouer dans les conventions qu'un rôle secondaire, rôle d'interprète et d'auxiliaire d'une volonté toute puissante, rôle qui, d'ailleurs, peut être considérable dans le cas de silence des parties. La puissance sociale n'entre véritablement en scène que lorsqu'il s'agit d'assurer le libre exercice des volontés privées et de sanctionner leurs effets ; elle ne saurait exercer de contrainte que dans ce dernier cas ; ce serait détruire la volonté et annihiler le consentement que de l'imposer comme loi supplétive, ce

qui, d'ailleurs, emporte contradiction. Et si dans le cours de cette étude nous avons à rechercher quelle loi doit s'appliquer dans le silence des parties, si nous proposons l'application de la loi que nous aurons adoptée, lorsqu'un tribunal aura à se prononcer sur la convention, c'est que nous supposons qu'au début même des rapports juridiques les parties ont tacitement entendu s'approprier cette loi, et que nous prétendons encore, dans cette hypothèse, faire droit à leur volonté, mais à leur volonté non exprimée.

Aussi devons-nous repousser tout argument qui tendrait à appuyer l'adoption de la *lex loci contractus* sur cette considération que c'est à la souveraineté locale de réglementer les conventions qui se sont formées sur son territoire; cet argument renouvelle en effet sous une autre forme la maxime de Grotius déjà citée. Il attribue à la *lex loci contractus* un rôle prépondérant qui ne saurait lui convenir et apporte à l'autonomie une restriction contraire au vrai principe. Peut-être peut-on, dans une certaine mesure, tenir compte de la loi du pays où le contrat s'est accompli; mais alors ce sera seulement pour régler la compétence et non les conditions intrinsèques et les effets du contrat lui-même. Mais cette question est de nature à soulever des difficultés qui sortent de notre sujet et nous devons l'abandonner dès à présent. En somme, nous refusons en cette matière toute action à la souveraineté locale pour laisser à la volonté des parties le rôle de législateurs de la convention.

55. Restent à examiner deux questions assez délicates qui se rattachent d'une façon intime à l'application des principes que nous venons de dégager. Supposons deux nationaux, deux Français, par exemple, qui ont adopté une loi étrangère, la loi allemande, pour régler un contrat

intervenu entre eux. Nous choisissons cette hypothèse extrêmement rare, et pour ainsi dire théorique, parce qu'elle présente la question sous son côté le plus difficile au point de vue de l'interprétation et de l'intervention du juge, en même temps qu'elle constitue l'application la plus étendue de l'autonomie des parties. En présence d'une pareille convention, deux questions se posent : 1° Comment le juge pourra-t-il connaître la loi étrangère adoptée par les parties? 2° Devra-t-il appliquer cette loi qui n'est pas la sienne? Ces questions présentent un caractère général qui fait qu'elles se posent en toute matière dans le droit international, et l'on pourrait critiquer leur présence dans une étude relative à un point particulier, si elles n'offraient, en notre matière, un intérêt particulier. La seconde surtout donne lieu à une solution spéciale, et comme elle ne peut guère être séparée de la première, nous nous trouvons dans la nécessité de les poser ici l'une et l'autre.

Il est certain que le juge ne saurait appliquer une loi étrangère entre deux régnicoles que si les parties ont exprimé à cet égard une volonté non équivoque et que si l'une et l'autre ont parfaitement connu la loi qu'elles entendaient adopter; il est certain que leur volonté n'a pu s'appliquer à cette loi d'une façon positive si elles ont ignoré les règles auxquelles elles voulaient se soumettre. Ces deux points étant acquis, le juge aura à se préoccuper de connaître par lui-même cette loi. On soutient généralement que c'est à la partie qui invoque une loi étrangère à faire preuve des dispositions de cette loi. Nous ne partageons pas cette opinion ; il nous semble suffisant d'exiger que la partie qui entend se prévaloir des règles d'un droit étranger établisse qu'elle et son cocontractant

ont bien entendu adopter cette loi, sauf au juge à s'enquérir des principes qui y sont appliqués. Toutefois, il arrive fréquemment dans la pratique que c'est par le canal des parties que la connaissance de la loi étrangère parvient jusqu'au tribunal saisi du litige. Néanmoins, ce procédé venant à manquer, les moyens d'information seront loin de faire défaut au juge. Les renseignements officieux sont faciles à obtenir par des consultations émanées des jurisconsultes nationaux ou étrangers ; on peut même les avoir d'une façon plus simple, depuis la vulgarisation des études de droit comparé. Les renseignements officiels sont obtenus par l'entremise des consuls ou agents diplomatiques, ou bien encore par une correspondance directe avec le gouvernement ou les fonctionnaires du pays dont la loi a été adoptée.

56. Désormais, le juge connaît la loi étrangère qui a été choisie, mais cette loi, devra-t-il en faire l'application ? N'est-il pas lié par sa loi nationale, par celle dont il tient son pouvoir de juridiction ? Il doit appliquer ici la loi étrangère comme loi privée, comme clause volontaire d'un contrat plutôt que comme règle émanant d'un pouvoir d'une souveraineté étrangère. Il ne fait que mettre en œuvre sa loi nationale, à lui juge, en vertu de laquelle la volonté des parties peut librement s'exercer, dans la sphère des intérêts privés. Or, la question présente en notre matière un caractère particulier : on sait que la plupart des auteurs et la jurisprudence décident que la Cour de cassation française n'a pas à intervenir, lorsqu'un tribunal français, devant appliquer une loi étrangère, s'est abstenu de le faire. Ce tribunal supérieur n'a été institué que pour assurer l'application de nos lois nationales et non celles des autres pays. On décide, en effet, que l'application d'une loi étran-

gère constitue une question de fait et non une question de droit; par suite, elle échappe à la juridiction de la Cour de cassation, qui n'a à intervenir que dans le cas où la loi française a été violée dans une décision judiciaire. Lorsqu'un pourvoi est formé, elle considère que la question de fait est résolue souverainement par les premiers juges et ne s'occupe de l'application des règles de droit que dans l'hypothèse déterminée par la décision attaquée.

Tels sont les principes généraux qui sont universellement admis. Mais on n'hésite point en pratique même à apporter une exception aux règles générales en faveur des conventions qui comportent l'application d'une loi étrangère. Nous voyons, en effet, en cette matière la Cour suprême casser les décisions des tribunaux français qui n'ont pas appliqué la loi étrangère expressément ou tacitement adoptée par les contractants. C'est que, dans cette hypothèse, il y a non plus une question de fait, mais bien une question de droit. C'est ainsi que, nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude, une règle de notre droit civil que l'expression de la volonté fait la loi des parties (art. 1134) et la loi étrangère choisie par elles devient, par suite, une loi française, dont la violation doit être sanctionnée par la Cour de cassation. Cette jurisprudence, que nous retrouverons dans le cours de ces explications, n'est que la conséquence même de notre théorie.

Nous avons ainsi dégagé le principe qui domine toute notre matière, celui de l'autonomie, et nous l'avons étudié dans une hypothèse relativement facile, celle où la volonté des parties est connue, parce qu'elle a été formellement exprimée ; nous devons désormais aborder l'étude de ce principe dans un ordre d'idées différent, qui présente de sérieuses difficultés.

CHAPITRE IV.

DE LA LOI APPLICABLE AUX CONVENTIONS DANS L'HYPOTHÈSE OU LES PARTIES N'ONT EXPRIMÉ AUCUNE VOLONTÉ A CE SUJET.

57. Les développements que nous venons de donner dans le chapitre précédent ont permis de reconnaître qu'il n'y avait pas de difficulté sérieuse à déterminer la loi appliquable à une convention quand les parties ont fait expressément choix d'une législation quelconque ; mais il arrive trop rarement que celles-ci soient suffisamment prévoyantes pour prendre à ce sujet des dispositions précises : bien souvent au contraire elles établissent des relations contractuelles sans songer qu'un jour une contestation peut s'élever et créer une grave difficulté sur la question de savoir quelle loi devra régler leurs conventions, parce qu'elles ont oublié de la déterminer *ab initio* et qu'actuellement elles ne sont peut-être plus d'accord sur ce point.

58. Les parties ne nous ont pas fait connaître leur volonté, et cependant, en vertu des principes que nous avons posés, c'est cette volonté qu'il nous faut appliquer. Tous nos efforts doivent tendre à rechercher les circonstances susceptibles de nous la révéler. Lorsqu'elle nous sera connue, toute difficulté disparaîtra ; volonté expresse ou tacite, la solution est la même, nous retombons dans la théorie de l'autonomie et nous appliquons, dans la plus large mesure l intention qui se manifeste d'une manière ou d'une autre.

Or, deux procédés successifs nous sont offerts pour

faire apparaître cette volonté cachée : ces deux procédés consistent dans la mise en œuvre de la méthode analytique appliquée d'abord à la convention elle-même, puis aux faits accessoires et connexes qui ont existé lors de sa formation.

Nous devons d'abord, disons-nous, procéder par voie d'analyse de la convention elle-même ; c'est certainement la méthode qui est susceptible de donner le résultat le plus satisfaisant; nous devons rechercher si, dans l'acte même qui s'est produit, quelque trait caractéristique, quelque détail révélateur ne nous permet pas de déduire, par voie de conclusion, quelle a été la loi prise en considération par les parties. Supposons, par exemple, qu'un individu d'une nation où une sorte de contrat est inconnu vienne cependant à former ce contrat avec une personne d'un autre pays où ce contrat est journalier et réglé par la législation. Si les parties n'ont exprimé aucune volonté sur la loi applicable, il n'en sera pas moins évident qu'elles ont entendu s'en rapporter à celle qui prévoit et réglemente ce contrat plutôt qu'à celle qui n'en dit absolument rien. L'analyse, appliquée à la nature même de la convention, nous conduit nécessairement à une solution non douteuse.

Mais il ne saurait en être toujours ainsi, et bien souvent nous ne trouverons dans la convention elle-même rien qui nous puisse éclairer. Nous devrons avoir recours à notre deuxième moyen, à l'analyse des circonstances concomitantes au contrat, moyen dont l'étude va désormais nous retenir pendant un certain temps.

59. La convention en elle-même ne nous révélant rien, nous allons nous trouver dans la nécessité de recourir aux considérations secondaires qui ressortent de la nationalité

et du domicile des parties, et en dernier lieu de l'endroit même où s'est accompli l'acte juridique. Nous pouvons dire immédiatement que certains auteurs s'attachent de préférence au lieu de l'exécution, et que nous aurons à discuter leur système dans le cours de nos développements. Or, l'analyse appliquée à ces différents faits est certainement féconde en résultats, mais les solutions mêmes qu'elle nous donne sont imparfaites et ne peuvent être acceptées qu'à défaut de moyens plus efficaces. Les auteurs qui ont étudié plus spécialement notre matière et appliqué la méthode que nous venons d'indiquer sont généralement arrivés à poser, dans notre cas, un certain nombre de règles constituant autant de présomption mises à la disposition du juge pour résoudre les cas les plus embarrassants.

Ce système nous paraît bon en lui-même et nous nous proposons de l'adopter, mais il convient de mettre tout d'abord en lumière une idée sans laquelle l'indication de ces règles peut avoir de dangereuses conséquences et prêter à des confusions regrettables. Les présomptions que nous allons indiquer n'ont aucun caractère absolu; ce sont de simples présomptions doctrinales et soumises à la possibilité de la preuve contraire, qui n'ont de valeur qu'en l'absence de tout autre moyen. Etablir en notre matière des présomptions *juris et de jure*, comme tendent à le faire certains auteurs, eût été faire disparaître absolument la liberté des parties.

60. Nos présomptions doivent, en outre, présenter une autre qualité, elles doivent entraîner l'application d'une loi unique et non de plusieurs. Nous aurons à démontrer que toute division est impossible tant dans les contrats unilatéraux que dans les contrats synallagmatiques; il faut

donc trouver une loi unique pour régler les uns ou les autres.

61. Ceci dit, nous allons donner tout d'abord l'énumération de nos règles, puis nous les reprendrons une à une afin de les justifier. Il n'est pas inutile de rappeler que nous nous attachons aux circonstances extérieures de la convention dans le but de rechercher quelle a été la volonté tacite des parties. Dans ces conditions, on présumera le choix fait par elles de la manière suivante :

1°) *Si deux concitoyens ont contracté dans un pays étranger, on présumera qu'ils ont voulu adopter leur loi nationale.*

2°) *Si deux concitoyens ont un même domicile dans un pays étranger, on appliquera la loi de leur domicile, qu'ils aient contracté là ou ailleurs.*

3°) *Si deux personnes de nationalités différentes ont un même domicile, on appliquera la loi de leur domicile, quel que soit le lieu où elles ont contracté.*

4°) *Si deux personnes de nationalités différentes n'ont pas le même domicile, on appliquera la loi du lieu où s'est formé le contrat :* lex loci contractus.

Reprenons chacune de ces présomptions.

62. 1re *Présomption.*— On remarquera que nous ne disons rien de l'hypothèse où deux personnes de même nationalité, domiciliées dans leur pays d'origine, ont contracté dans ce pays même. Il y a là une question étrangère au droit international et qui ne mérite guère de nous arrêter; il est certain que, dans ce cas, elles auront entendu adopter leur loi nationale, et qu'à moins d'expression de volonté contraire, il convient de la leur appliquer ; il n'y a pas ici de conflit possible, les parties n'étant réputées connaître

que leur loi nationale. Le conflit n'est pas d'ailleurs beaucoup plus accentué dans le cas de notre première présomption : deux personnes d'une même nationalité vont traiter ensemble dans un pays étranger. Il paraît certain que dans cette circonstance les parties n'ont eu en vue que leur loi nationale ; eussent-elles connu la loi du pays où elles se trouvaient, leur rencontre même a dû rendre présente à leurs esprits la loi commune à laquelle elles sont personnellement soumises et, sauf toute contre-indication, c'est celle-là qu'il conviendra d'appliquer.

Ajoutons qu'on ne pourrait, dans cette hypothèse, justifier l'application de la loi du pays où elles se trouvent que par un motif de puissance territoriale, et nous avons montré pourquoi, en matière d'autonomie, la puissance territoriale ne pouvait jouer qu'un rôle absolument secondaire. Nous abandonnons donc immédiatement cette première idée qui ne présente aucune difficulté.

63. *2e Présomption.* — Ici nous supposons un élément nouveau. Les parties ont même nationalité et même domicile, mais ce domicile est hors de leur pays d'origine. Un conflit s'élève entre la loi nationale et la loi du domicile, et nous donnons la préférence à cette dernière.

Avant d'aborder la solution de ce conflit, il n'est pas indifférent de nous arrêter sur quelques principes relatifs au domicile. On sait quel rôle capital il joue en droit international privé pour la détermination de la loi personnelle dans certains systèmes opposés à ceux qui s'attachent de préférence à la loi nationale. En présence de la tendance actuelle à l'unification de législation dans chaque État, le système qui préconise la loi du domicile perd chaque jour du terrain, puisque son principal appui, l'existence des lois locales, de coutumes diverses dans chaque

État devient de jour en jour plus rare. Nous n'indiquons ce point que pour l'écarter, la détermination de la loi personnelle est étrangère à la volonté individuelle et ne saurait, par suite, entrer en ligne de compte dans notre matière.

Nous n'avons pas non plus à nous préoccuper de la manière dont le domicile peut être acquis. Il y a là un acte qui n'est pas absolument volontaire et qui, par suite, n'appartient pas à notre sujet.

Nous devons donc supposer que les deux parties ont un domicile commun et un domicile légitimement acquis. Notons qu'il s'agit d'un domicile réel ou général, et non d'un domicile élu ou d'une simple résidence. Quant à cette dernière, elle constitue un fait accidentel et secondaire au point de vue juridique, le domicile seul est susceptible d'établir des relations de droit entre un certain endroit et une personne.

64. Or, étant donné que les parties ont un domicile réel commun, nous supposons, sauf preuve contraire, qu'elles ont entendu adopter la loi de ce domicile. En effet, en l'acquérant, en y transportant le centre de leurs affaires, en y créant leur principal établissement, elles ont évidemment pris en considération la loi en vigueur à ce domicile ; elles ne peuvent ignorer cette loi, à laquelle elles se soumettent à de nombreux points de vue, pour n'en citer qu'un, au point de vue de la juridiction. Quand elles ont contracté, elles ont su que les litiges qui pourraient naître à raison de la convention intervenue entre elles seraient jugés par le tribunal de leur domicile ; quoi de plus naturel dès lors que de décider qu'elles ont songé à la loi de ce tribunal, loi qu'elles ne peuvent pas ne pas connaître ; et cela de préférence même à leur loi nationale, qu'elles n'ont certainement

pas oubliée, mais qui, sans doute, sera plus loin de leur pensée que celle sous l'empire de laquelle elles vivent journellement.

65. Mais ce que nous venons de dire d'un domicile réel ou général, nous ne saurions l'appliquer à un domicile élu. On sait que l'élection de domicile est une convention qui a pour but de restreindre, à propos d'une certaine affaire, les effets du domicile ordinaire, en permettant aux parties d'accomplir dans, un certain endroit, des actes qui sans cela auraient dû se faire dans un autre. Nous ne pensons pas que l'élection de domicile puisse entraîner présomption d'adoption de la loi de ce domicile ; nous recherchons, en effet, quelle loi a dû être prise en considération par les parties. Nous avons démontré ci-dessus que celle qui, dans leur pensée, joue le rôle principal est la loi de leur domicile réel ; or, on ne saurait soutenir que l'élection d'un domicile détourne leur attention de la loi à laquelle elles se reportent habituellement, car ce fait exceptionnel ne peut être présumé exister qu'en présence d'une clause expresse, ce qui n'est pas notre hypothèse. Nous ne faisons qu'indiquer cet argument, parce que nous aurons l'occasion de le retrouver et de le développer plus tard en discutant, dans le chapitre suivant, le système de M. de Savigny sur l'application de la *lex loci solutionis ;* l'élection de domicile n'est souvent que la désignation d'un lieu pour l'exécution du contrat. Nous décidons en conséquence, dès à présent, et sous la réserve d'une démonstration plus développée, que le domicile élu est sans effet quant à la détermination de la loi de la convention.

66. *3e Présomption.*— Il peut arriver que deux personnes de nationalités différentes aient un domicile commun, que ce domicile soit situé d'ailleurs dans le pays d'origine de

l'une ou de l'autre, ou même dans un troisième pays. Dans ce cas, comme dans l'hypothèse précédente, nous adoptons la loi du domicile commun. Nous pourrions même raisonner par *a fortiori*, car nous n'avons pas à nous préoccuper d'une communauté d'origine chez les parties et de l'unité d'une loi nationale qui peut, dans une certaine mesure, contrebalancer la loi du domicile. Ici, plus de doutes à ce sujet, les parties ayant à adopter une loi unique n'ont pu songer qu'à celle qui leur était commune; aussi n'avons-nous pas à insister et, sans reprendre le raisonnement que nous avons fait valoir à propos de notre deuxième présomption, nous passons immédiatement à la suivante.

67. 4e *Présomption.*—Nous atteignons alors le summum de l'incertitude ; les parties n'ont ni la même nationalité, ni le même domicile ; elles n'ont pris aucune détermination relativement à la loi qui doit régir leurs rapports juridiques, et la convention en elle-même ne nous révèle rien de leur volonté cachée, ou peut-être même absente sur ce point. Cette hypothèse délicate est celle qui, désormais, doit principalement nous préoccuper; c'est à elle surtout que se rapporteront les développements que nous fournirons dans le cours de cette étude, car elle est de beaucoup plus fréquente que les autres.

68. Quatre lois se présentent d'abord à notre attention, quatre étant le nombre maximum en pratique, les lois d'origine de chacune des deux parties et celles de leurs domiciles, s'ils sont différents. Or, ces quatre lois, dont le nombre pourrait se multiplier si celui des parties dépassait deux, nous devons tout d'abord les écarter. Nous ne trouvons, en effet, aucun motif de préférer l'une aux autres, comme nous y forcerait la nécessité où nous nous

trouvons de déterminer une seule loi applicable. Or, c'est précisément cette considération qui nous fait écarter un système préconisant la loi du domicile du débiteur; si ce système peut soutenir la discussion dans l'hypothèse d'un contrat unilatéral où il n'y a qu'un seul débiteur, il ne saurait même être proposé dans une convention synallagmatique, où il y en a deux, et où deux lois se trouveraient applicables à un acte juridique, unique de sa nature. Nous retrouverons d'ailleurs ce système, et nous le réfuterons dans le cours de cette étude. Donc, aucune des lois indiquées ci-dessus ne peut nous fournir un moyen suffisant de sortir d'embarras.

69. Restent deux autres lois entre lesquelles il nous va falloir choisir:

a) La loi du lieu où la convention doit être exécutée, *lex loci solutionis*, ou *executionis;*

b) La loi du lieu où la convention s'est formée, *lex loci contractus.*

70. Et d'abord, la *lex loci solutionis;* on a argumenté en faveur de cette loi de ce qu'elle devait surtout être celle que les parties ont prise en considération, car c'est en vue du paiement, de l'exécution même de l'obligation, que le contrat s'est formé; c'est au lieu du paiement que doit s'accentuer, se déterminer l'obligation qui consiste dans l'activité du débiteur; il y a donc, entre le lieu de l'exécution et la volonté même des parties, un rapport suffisant pour entraîner l'adoption de la loi qui y est en vigueur.

Ces considérations, qui d'ailleurs ne sauraient exister que lorsque les parties ont désigné le lieu d'exécution, nous paraissent insuffisantes. Nous allons en donner rapidement les motifs, réservant l'exposé de nos griefs contre

la *lex loci solutionis* pour le moment où nous discuterons les théories de M. de Savigny. Bien souvent, le lieu du paiement sera abandonné au choix de l'une des parties, qui resterait ainsi maîtresse de déterminer seule la loi applicable à la convention; on éprouverait peut-être aussi quelques embarras à la déterminer quand on se trouve dans la nécessité d'aboutir à une exécution forcée. D'autre part, il arrive rarement que, dans un contrat, il n'y ait à faire qu'un seul paiement; souvent il y aura plusieurs débiteurs, soit vis-à-vis d'un seul créancier, soit que les parties soient réciproquement débitrices et créancières : dès lors, la *lex loci solutionis*, n'étant plus unique, ne peut donner la solution du conflit. Enfin, il y a des conventions qui n'aboutissent pas à un paiement. On peut en donner pour exemple toutes celles qui modifient et quelques-unes de celles qu'éteignent des obligations déjà existantes, la novation, la remise de dettes, etc. La *lex loci solutionis* n'a pas sa raison d'être dans ces hypothèses; l'activité du débiteur n'est pas mise en jeu, et nous ne saurions nous contenter de la loi du lieu de paiement.

71. Ces inconvénients justifient notre préférence pour la *lex loci contractus*. Ce n'est point que cette dernière n'ait ses imperfections, mais elles sont infiniment moins graves que celles que nous avons indiquées pour la *lex loci solutionis*. Tout d'abord, au point de vue de la valeur de la *lex loci contractus*, admise comme présomption, nous devons faire remarquer qu'il est naturel de décider, en l'absence de toute autre indication, que les parties ont entendu s'en rapporter à la loi du pays où elles se sont rencontrées.

En effet, de deux choses l'une : ou les parties ont songé

qu'elles avaient à déterminer une loi pour régir la convention, ou elles n'y ont pas pensé. Dans le premier cas, elles ont dû comprendre qu'une loi unique devait s'appliquer et que toutes les autres lois pouvaient faire naître un conflit; or, dans cette alternative, elles ont nécessairement fait porter leur attention sur la loi du pays où elles ont contracté; c'est, du moins, ce qu'on doit présumer en présence de leur silence. Ou bien, second terme du dilemme, elles n'ont pas songé à la difficulté qui pouvait se produire et, dès lors, peut-on prendre un parti plus sage que de leur faire l'application d'une loi qui est inévitablement unique, puisque le contrat ne peut se former qu'en un seul endroit? toutes les autres lois laissent subsister un conflit.

Notre procédé présente, d'ailleurs, cet avantage inappréciable de n'établir entre le débiteur et le créancier aucune préférence dans le choix de la loi applicable; la *lex loci contractus* est absolument indépendante de la nationalité, du domicile ou de la qualité des parties; elle tient compte d'un acte volontaire de leur part sans donner cependant un rôle prépondérant à l'une ou à l'autre, ce qui n'aurait aucune raison d'être.

72. Malgré ces avantages incontestables, notre système ne laisse pas de présenter certaines lacunes, inconvénients inévitables, auxquels pourront remédier cependant la prudence du juge et la possibilité de la preuve contraire. C'est ainsi que dans l'hypothèse où deux personnes contractent au cours d'un voyage, en chemin de fer, par exemple, au moment où elles traversent un pays sans avoir l'intention de s'y arrêter, l'application de la *lex loci contractus* ne semble pas justifiée. Nous en serons réduits à proposer, dans ce cas, la *lex loci solutionis*,

dont nous avons fait connaître les vices, mais dont il faudra bien se contenter, à défaut de toute autre que la perspicacité du juge lui permettra de déterminer; mais ce sont là des cas exceptionnels, qui ne sauraient faire méconnaître les avantages de notre système qui, d'ailleurs, a été consacré par la tradition dans la généralité de ses applications.

73. On invoque généralement, à l'appui de notre solution, un certain nombre de fragments des lois romaines, où l'on trouve des applications de la *lex loci contractus* et aussi du principe de l'autonomie. On peut reconnaître dans ces textes la démonstration de cette vérité, que les Romains n'ont point ignoré le pouvoir étendu des volontés individuelles en matière d'intérêts privés.

On ne saurait, en effet, méconnaître que les contrats, qu'ils soient ou non accompagnés de formalités solennelles, n'en restent pas moins des actes volontaires pour lesquels, en dehors de certains écrits, certaines formules verbales ou certains actes, qui sont un souvenir effacé du symbolisme mystérieux et des origines religieuses du droit primitif, le consentement des parties est la condition essentielle et indispensable.

74. D'autre part, nous voyons bientôt sanctionner avec les pactes et les contrats innomés des conventions réduites à un simple accord de volonté, en l'absence de toute manifestation solennelle. La coutume même vient jouer, en cette matière, un rôle interprétatif et supplétif qui est indéniable, et, dans le silence des intéressés, on applique la *lex loci contractus*.

Voilà ce qui ressort des textes invoqués et dont les principaux sont : Loi 34, Dig., *De regulis juris*. — Loi 219, *De verborum significatione*. — Loi 20, *De judiciis*. —

L. 31, § 20, *De ædilitio edicto.*— L. 6, *De evictionibus.*— Mais ces textes ne sauraient nous fournir un argument sérieux au point de vue qui nous intéresse. Ils ne servent point à résoudre un conflit; car les Romains ne pouvaient concevoir ce conflit, qui suppose l'existence de deux législations égales en souveraineté. Les Romains n'ont point connu le droit international, nous l'avons déjà démontré. On comprend, dès lors, facilement nos scrupules à invoquer des textes de droit romain à l'appui de notre solution.

75. Cette observation nous conduit au terme des deux chapitres que nous comptions consacrer à l'exposé de la théorie moderne sur le choix de la loi applicable aux conventions dans les rapports internationaux.

76. Nous allons la résumer brièvement :

Nous partons de ce principe, qu'en matière de conventions privées, la volonté des parties est toute puissante; et, l'appliquant à notre sujet, nous décidons que c'est aux contractants qu'il appartient de déterminer la loi applicable.

Cela ne souffre point de difficulté; si leur volonté est exprimée, on s'y conformera entièrement.

Dans le cas contraire, il faudra chercher à la reconnaître : d'abord, en se demandant si la convention en elle-même n'est pas susceptible de la révéler; puis, ce moyen faisant défaut, on applique une série de présomptions établies et justifiées ci-dessus, comme représentant aussi exactement que possible la volonté tacite des parties, sous réserve, bien entendu, de la preuve contraire. Ces présomptions aboutissent à l'application de la loi nationale des parties, ou de celle de leur commun domicile, ou de la *lex loci contractus.*

Cette théorie est presqu'universellement adoptée; elle a néanmoins donné lieu à de nombreuses critiques, et l'on a vu s'établir plusieurs systèmes contraires que nous allons maintenant examiner et discuter.

CHAPITRE V.

SYSTÈMES DISSIDENTS.

77. Nous nous proposons d'examiner ici un certain nombre de systèmes qui s'écartent de notre théorie. Certains empruntent une autorité redoutable aux noms de jurisconsultes éminents, et ce sont ceux que nous attaquerons de préférence en vertu de cette maxime que tous les hommes sont égaux devant la raison et la vérité. Les autres mériteront une simple mention, leur réfutation d'ailleurs se trouvera le plus souvent dans la justification même des principes que nous avons développés déjà.

78. C'est par application de cette idée que nous nous contenterons de rappeler ici un système, dernier souvenir des doctrines statutaires, qui prescrit à titre de présomption la *lex rei sitæ* pour les conventions relatives à des immeubles et la *lex domicilii debitoris* pour celles dont l'objet est un meuble considéré *in specie*. Dans l'un et l'autre cas, c'est la loi de la situation, car les meubles, en droit international privé, sont soumis à la loi du domicile de leur propriétaire. Il ne peut d'ailleurs être question de ces deux lois quand l'objet de la convention est une chose *in genere*, chose qui n'est pas, par sa nature, susceptible de situation au sens juridique du mot. On comprend que nous ne puissions admettre ce système qui ne se fonde nullement sur les principes que nous avons développés, et consiste

dans la négation même du pouvoir d'autonomie. Cependant, il convient de dire que la *lex rei sitæ* peut se trouver appelée à jouer un certain rôle dans notre matière; mais ce rôle est véritablement secondaire, il n'a point trait à la convention elle-même, mais bien à certains de ses effets, ceux qui se rapportent à des droits réels et seulement en matière immobilière. Dans ce dernier cas, qui constitue une exception à notre théorie et que nous aurons occasion de rencontrer plus loin, il y a véritablement une question d'ordre public, c'est la souveraineté territoriale qui vient faire échec à la volonté individuelle. La base matérielle de la puissance de l'État, c'est le territoire, tout ce qui intéresse ce territoire intéresse l'existence de la société qui l'habite, et la loi ne saurait y rester étrangère. Aussi, n'avons-nous parlé de ce système presque universellement rejeté de nos jours que pour avoir une occasion d'indiquer dès à présent une application exceptionnelle de la *lex rei sitæ* dans notre matière, application dont la connaissance ne pourra qu'être utile pour l'intelligence de notre sujet.

79. Abandonnant maintenant ce premier point, nous allons aborder une théorie assez compliquée due au plus célèbre des jurisconsultes allemands, M. de Savigny. Ce système mérite un examen approfondi, tant parce qu'il est celui de l'Allemagne et de la Prusse, que parce qu'il a une valeur intrinsèque considérable. Il est développé dans le tome huitième de son *Système du droit romain* (§§ 369 à 372 incl.). M. de Savigny établit entre la loi applicable au droit des obligations et la juridiction de ces mêmes obligations un lien d'analogie et presque de solidarité, qui fait qu'il traite avant tout de la juridiction, pour ne considérer la détermination de la loi applicable que comme un accessoire. C'est à cet effet qu'il recherche

d'abord le siège de l'obligation ; il analyse dans ce but les rapports que l'obligation peut faire naître : premier rapport, extension de la liberté du créancier ; deuxième rapport, restriction de celle du débiteur. Or, c'est ce deuxième rapport, consistant dans la nécessité de l'acte imposé au débiteur, qui doit servir à déterminer le siège de l'obligation dont il est l'essence. Il démontre alors l'influence qu'exerce le siège de l'obligation, c'est-à-dire le lieu de l'exécution sur le choix de la juridiction par le caractère passif du rôle du créancier, qui le rend étranger à cette juridiction. Avec le siège de l'obligation qui sera, suivant les circonstances, le lieu d'exécution désigné par les parties ou résultant de la nature même du contrat ou, enfin, à défaut de toute indication, le domicile du débiteur, on connaîtra, en même temps que la juridiction, ce que M. de Savigny appelle le droit local, c'est-à-dire la loi qui devra régir la convention. On peut donc, par induction, trouver dans cette théorie l'application de l'autonomie, tant en ce qui concerne le choix de la juridiction qu'en ce qui a trait au droit local. Mais ce rôle capital de la volonté est enfoui sous de nombreuses distinctions. Il donne, en effet, cinq règles pour déterminer le droit local ; on le trouvera donc :

1° Quand il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation dans le lieu de l'exécution ;

2° Quand l'obligation se rattache à une gestion d'affaires entreprise par le débiteur dans le lieu où est le siège permanent de cette gestion ;

3° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur en son domicile, dans le domicile où l'acte a été fait, de sorte qu'un changement ultérieur de domicile n'a aucune influence ;

4° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier, fait

par le débiteur hors de son domicile, dans un lieu qui, d'après les circonstances, doit être celui de l'exécution, dans le lieu où l'acte a été fait;

5° En dehors de ces hypothèses, au domicile du débiteur.

Ces règles sont les mêmes pour la juridiction et le droit local; elles s'appliquent également bien aux obligations nées *contractu* ou *quasi ex contractu*. Après avoir ainsi posé des principes communs aux deux matières, M. de Savigny indique les exceptions qu'il convient d'y apporter, et il cite, en premier lieu, le cas où une volonté contraire exprimée viendra faire tomber la présomption par lui établie; il indique aussi le cas d'une disposition prohibitive de la *lex fori*. Il prévoit, en outre, le cas où plusieurs droits locaux se trouvent applicables en vertu de ces présomptions, et décide alors qu'on doit choisir celui qui assure le maintien de l'acte juridique.

80. La critique capitale que nous devons adresser à ce système est qu'il fait en somme disparaître la volonté individuelle derrière des présomptions, qui l'absorbent presque complètement. Nous remarquerons, tout d'abord, que Savigny tend à matérialiser, à réaliser l'obligation; il lui cherche une situation, un siège, ce que Warthon, dans son *Treatise of the conflict of laws*, appelle *the seat*. C'est fonder une présomption de volonté sur une considération qui, le plus souvent, aura échappé à l'attention des parties et qui, même lorsqu'elle a été spécialement prévue, ne saurait être satisfaisante pour la raison que nous avons déjà développée en faisant la critique de la *lex loci solutionis;* de ce que les parties ont prévu spécialement une des conséquences du contrat, fût-ce la principale, on ne saurait présumer la loi applicable. Savigny l'a si bien com-

pris qu'il tend à justifier son système par des considérations toutes différentes ; pour lui la *lex loci solutionis* s'impose à cause de la relation nécessaire qui existe entre le lieu où se manifeste l'activité du débiteur et le droit local. Voilà une doctrine qui rappelle celle des statutaires réalistes ; si elle ne fait pas une application inexacte de la souveraineté territoriale, elle met en œuvre le droit local en se fondant sur un motif de territorialité bien plus que sur une présomption de volonté.

Notre interprétation est d'autant moins contestable que Savigny lui-même établit une dérogation spéciale à sa théorie et à l'application du droit local, dans le cas où les parties ont exprimé leur volonté ; il fait l'exception de ce qui est la règle. Partant du principe de l'autonomie, il fait en réalité disparaître ce principe dans ses applications. Il en est de même dans le second terme de la distinction où il applique la loi du domicile du débiteur. Dans la convention, les deux parties jouent un rôle égal ; bien qu'elles doivent avoir une situation différente par la suite : au moment où elles créent l'obligation, leurs droits sont égaux ; on ne doit donc établir aucune préférence entre l'une et l'autre à aucun point de vue, et notamment, en notre matière, en ce qui touche la loi applicable ; or, le système de Savigny fait au débiteur une part favorable au détriment du créancier ; il aboutit, dans la plupart des cas, à l'application de la loi du domicile du débiteur. On cherche vainement le motif de cette préférence ; les principes, au contraire, doivent nous conduire à respecter autant que possible l'égalité à laquelle on doit présumer que les parties n'ont voulu porter aucune atteinte ; c'est le résultat que nous nous sommes efforcé d'obtenir dans la théorie que nous avons présentée au chapitre précédent.

81. Il nous semble que l'erreur dans laquelle Savigny est tombé est le résultat de l'assimilation trop intime qu'il a voulu établir entre la compétence et la juridiction de la convention d'une part, et la loi applicable aux éléments intrinsèques de cette même convention d'autre part. Des différences capitales séparent ces deux catégories de règles et leur rapprochement ne peut aboutir qu'à fausser les unes ou les autres. La détermination de la loi applicable en matière de convention dépend uniquement de la volonté individuelle, nous l'avons déjà répété bien des fois; la compétence, au contraire, est toujours réglée par la *lex fori;* c'est une question qui touche à l'organisation du service de la justice et rentre, comme tout ce qui a trait à la procédure, dans la catégorie des règles d'ordre public. Il est donc inexact de dire que c'est à la loi de la convention de déterminer le tribunal compétent; c'est à la juridiction saisie de prononcer sur la question de savoir si elle est ou non compétente, et elle le fera suivant les principes de la loi qui l'a instituée, parce que c'est à cette même loi de dire quand elle devra prononcer ou non. Il était par conséquent inévitable, en rapprochant l'une de l'autre deux théories aussi distinctes, de ne pas en arriver à réduire dans une notable proportion le rôle de la volonté privée.

82. A ces considérations vient encore s'en joindre une autre qui ne nous semble pas de nature à être laissée de côté. Le système de Savigny ne se comprend pas dans les conventions synallagmatiques. Il suppose, en effet, dans la plupart des cas, l'application de la loi du débiteur, d'où deux lois en conflit, puisque, dans les conventions de cette nature, il y a toujours deux débiteurs. Le jurisconsulte allemand, prévoyant la difficulté, a essayé de soutenir que

la convention bilatérale était par elle-même divisible, que rien n'empêchait qu'on la décomposât en deux contrats distincts, soumis chacun à une loi différente s'il y avait lieu. Il y a là une prétention qui ne saurait se soutenir ; il n'est pas douteux que, dans l'intention des parties, la convention a formé un seul tout absolument indivisible et pour lequel on ne saurait admettre l'application de deux lois différentes. C'est d'ailleurs la raison d'être du lien intime qui unit, d'après notre législation, les deux obligations nées d'un contrat synallagmatique ; c'est par ce motif qu'on a considéré chacune comme étant la cause juridique de l'autre ; c'est enfin pour cela qu'on a admis, dans ce genre de contrat, la condition résolutoire tacite pour le cas où l'un des cocontractants viendrait à ne pas remplir son engagement. On ne saurait donc scinder ainsi une convention, qui est une par elle-même, sans s'exposer à des résultats et à des contradictions dont nous allons donner un exemple. Rien n'empêche qu'une convention soit considérée comme licite par une loi, et comme illicite par une autre ; si ces deux lois se trouvent précisément être celles de chacun des débiteurs, nous mettrons le juge dans la singulière alternative d'annuler toute la convention, qui cependant est valable pour une partie, ou de la valider toute entière, quand une des obligations est nulle, sous peine de blesser grièvement les principes de l'équité la plus élémentaire. Cet exemple, choisi entre bien d'autres, suffit pour montrer la valeur de notre objection et l'inutilité de la réponse qu'on a voulu y faire.

Tel est le système de Savigny, qui, à quelques modifications près, est suivi et pratiqué actuellement en Allemagne, et qui est aussi préconisé par certains auteurs anglo-américains, parmi lesquels nous pouvons citer

Warthon. Les critiques qu'il est susceptible de provoquer et les considérations que nous venons de présenter sont de nature à nous le faire rejeter pour lui préférer la théorie développée aux chapitres précédents. D'ailleurs, il n'a pas prévalu en général dans la doctrine et n'est pas reçu par la jurisprudence française.

83. Certains auteurs ont proposé un système d'une nature toute différente. L'idée primordiale de cette méthode repose sur une distinction établie entre les effets d'une convention. On avait songé, tout d'abord, à adopter à titre de présomption l'application de la *lex loci contractus* pour tout ce qui a trait à la formation et aux conditions intrinsèques d'existence de la convention, et, lorsqu'il s'agirait de régler les conséquences et les effets de cette même convention, on s'en rapporterait à la *lex loci solutionis;* mais on a bientôt abandonné cette première distinction pour en préférer une autre moins nette, mais qui, au premier abord, semble mieux fondée. On a dit : la convention en elle-même et ses effets immédiats et nécessaires seront réglés par la *lex loci contractus*, mais on appliquera la *lex loci solutionis* aux effets médiats et accidentels. Cette distinction, dont nous aurons à montrer la subtilité et l'inexactitude, constitue la conception la plus simple du système, mais l'on ne sera pas surpris d'apprendre que les auteurs qui ont cru devoir soutenir la distinction ne s'en soient pas tenus à cette terminologie; chacun a proposé la sienne. On a vu successivement distinguer entre les effets et les suites, les conséquences nécessaires et les conséquences accidentelles, les conséquences prévues et les conséquences imprévues.

Cette diversité d'expressions comportait évidemment des différences dans les distinctions elles-mêmes; d'où l'impossibilité où l'on se trouve de mettre les auteurs

d'accord sur le critérium à suivre pour classer les points soumis à la *lex loci contractus* et à la *lex loci solutionis*. On se perd au milieu des subtilités arbitraires, des contradictions manifestes et des inexactitudes qui ont été le résultat de cette discussion.

84. Fœlix (*Traité de droit int. privé*, t. I, p. 230, éd. 1856), après avoir énuméré les principaux effets d'un contrat : délivrance, paiement, action de chaque partie, garantie et même résolution conventionnelle, par remeré, ou pour cause de lésion....., cite, parmi les effets accidentels ou suites, « les résultats qu'aura la négligence, la » faute ou la demeure dans l'exécution des dommages-intérêts dus en conséquence. » Par exemple, les intérêts stipulés dans un contrat de prêt seront régis par la *lex loci contractus*, parce qu'il y a là une partie intégrante du contrat; mais ceux qui seront dus à titre de peine pour l'inexécution du contrat seront régis par la *lex loci executionis*. De même sera régie par la loi du lieu du contrat la restitution en entier « fondée sur une cause inhérente » au contrat, dans les pays où ce recours est admis »; mais il en sera autrement de cette même restitution en entier fondée sur la négligence, la faute ou la demeure dans l'exécution elle sera régie par la loi du lieu du paiement. Telles sont du moins quelques-unes des conséquences que Fœlix tire de son système. La raison en est que les faits, par lui soumis à la *lex loci solutionis*, « se » passent dans le lieu où le contrat doit recevoir son » exécution. » Mais il décidera, sans hésiter évidemment, que c'est bien la *lex loci contractus* qui déterminera le lieu de cette exécution. En quoi est-on fondé à appliquer la *lex loci solutionis* à certains faits intéressant l'exécution, quand celle-ci, sauf en ce qui concerne sa forme, est sou-

mise à la loi du contrat lui-même, sous prétexte que ces faits se sont passés dans un lieu différent de celui où s'est formé le contrat ?

Et plus loin, toujours sur la loi applicable, mais cette fois quant aux actions en rescision, résolution, révocation ou réduction, il distingue « si ces actions ont leurs » racines dans le contrat même », auquel cas elles sont régies par la *lex loci contractus*, et celui où « elles sont » basées sur des causes survenues postérieurement au » contrat », hypothèse où elles sont régies par la loi du lieu où ces causes se produisent. Ainsi, la résolution pour cause d'inexécution sera régie par la loi du lieu du paiement, et l'on appliquera la *lex contractus* à la résolution prévue par une clause expresse, comme dans le cas de l'art. 1656. Fœlix oublie que la résolution tacite est admise par interprétation de la volonté des parties, et que l'événement postérieur dont il parle n'est que l'occasion, et non la cause de la résolution.

85. On ne saurait non plus rattacher la distinction à ce motif que les parties ont prévu certaines conséquences et qu'elles n'ont point songé aux autres. Par exemple, au point de vue du taux des dommages-intérêts, il faudrait appliquer la loi du lieu du contrat, s'il a été prévu et réglé par les parties, et la loi du lieu du paiement, si elles ne se sont pas expliquées sur ce point. C'est méconnaître cette vérité : que la loi qui fixe le taux des dommages-intérêts, et qui détermine le cas où ils sont dus, est interprétative de volonté; elle applique l'intention présumée des parties au moment où la convention s'est formée. Il est donc absolument illogique de diviser cette volonté, qui est une de sa nature et de l'interpréter successivement par deux lois différentes.

86. Le même raisonnement peut s'appliquer à la distinction proposée par Fœlix relativement aux actions en résolution, rescision ou réduction : quelle que soit leur raison de s'exercer, ces actions ont leur cause dans la volonté exprimée ou présumée des cocontractants; donc la même loi qui sert à interpréter cette volonté doit régir la résolution, la réduction et la rescision de la convention, sur quelque motif qu'elles se fondent. Qu'on invoque la lésion ou l'inexécution de l'obligation; est-ce que la condition résolutoire, expresse ou tacite, n'est pas une émanation de la volonté des parties, une clause prévue par elles ou pour elles par la loi, lors de la formation du contrat ?

87. Fiore (*Diritto internazionale privato*) a été plus loin ; il a proposé de s'en rapporter à la *lex loci contractus* pour juger si le débiteur doit des dommages-intérêts pour cause d'inexécution et à la *lex loci solutionis* sur la question de savoir si la mise en demeure peut faire naître le droit à ces mêmes dommages-intérêts. Il suffit de rapprocher les solutions pour montrer les contradictions qui apparaissent à chaque pas dans ce système et qui l'ont fait généralement repousser.

L'exposé même de ces solutions inadmissibles est la meilleure démonstration du principe que nous avons posé dans le chapitre précédent à savoir : qu'il importe de trouver, à titre de présomption, une loi unique pour régir la convention, parce que la convention est une par elle même et que sa substance et ses effets médiats forment un tout qu'on ne saurait diviser.

88. Toutefois, il ne faudrait pas faire une fausse application de notre principe. Il peut arriver que, postérieurement à une convention, il intervienne un acte nouveau, destiné à produire des effets propres. Cet acte, indépendant par

lui-même, bien qu'il puisse avoir avec la convention antérieure certains points de contact, ne sera point soumis à la loi qui régissait cette convention ; il a, en effet, une individualité distincte, il émane d'un acte de volonté qui ne se confond pas avec le premier et, comme tel, doit être régi par la loi du lieu où il s'est produit. Si par exemple, à la suite d'un contrat, est intervenue une novation, celle-ci ne sera point régie quant à sa formation et à ses effets par la loi du contrat modifié, mais par celle du lieu où elle s'est accomplie. Autre exemple : un contrat consensuel s'étant formé, les parties viennent à le dissoudre par le mutuel dissentiment, c'est la loi du lieu où ce dissentiment s'est produit qui réglera les effets de ce mode d'extinction. Il y a là une convention nouvelle qui, bien qu'unie à la première par un lien intime, n'en reste pas moins distincte.

89. D'autre part, il importe de ne pas confondre les effets d'une convention avec les moyens donnés par les lois sur la procédure pour la faire exécuter. Les questions de procédure sont régies par la *lex fori* et ne dépendent pas de la volonté des parties ; c'est une question de souveraineté, l'État seul a le droit de sanctionner les contrats, parce que seul il peut fournir aux contractants les moyens de coercition efficaces et nécessaires. Il faut donc bien se garder de rattacher aux effets d'une convention, qui sont régis par la *lex loci contractus*, les règles relatives à l'exécution qui sortent entièrement du statut d'autonomie.

CHAPITRE VI.

DE LA DÉTERMINATION DE LA LEX LOCI CONTRACTUS DES CONVENTIONS FORMÉES ENTRE ABSENTS.

90. La théorie que nous venons d'établir dans les chapitres précédents, tant en posant et en justifiant les principes qu'en réfutant les systèmes opposés, ne serait pas complète si nous ne donnions maintenant la solution d'une difficulté qu'elle est susceptible de faire naître.

Toutes les fois, avons-nous dit, que les parties n'ont pas exprimé leur volonté, qu'elles appartiennent à des nationalités différentes et qu'elles n'ont pas le même domicile, il faut appliquer, à titre de présomption, la *lex loci contractus.*

91. Mais quel est le lieu du contrat? En quel lieu doit-on dire qu'une convention s'est formée? Rien de plus facile à résoudre que cette question, si la convention a eu lieu entre personnes présentes. Le lieu du contrat est celui où les parties se sont rencontrées et où s'est produit l'accord définitif des volontés. Tel est le principe, et cette règle se trouverait vraie, encore que les parties aient résolu de rédiger un acte écrit destiné à servir de moyen de preuve, et qu'elles eussent procédé à cette rédaction dans un lieu autre que celui où elles sont tombées d'accord. L'existence de l'obligation et la formation de la convention ne sont point, en général, soumises à cette condition.

Mais nous devrions donner une solution différente,

si les parties avaient subordonné leur engagement à la rédaction d'un écrit et déclaré qu'elles ne seraient obligées que du jour où cette condition serait accomplie; la *lex loci contractus* sera alors le lieu où l'*instrumentum* a été fait. Il dépend, en effet, de leur volonté de retarder jusqu'à ce jour la formation de la convention et d'enlever provisoirement tout effet à leur accord présent.

92. Il ne faudrait pas induire de là que, dans une convention formée sous condition suspensive, la *lex loci contractus* ne soit pas celle du lieu où l'accord des volontés s'est produit. Bien au contraire, la condition suspensive produit un effet rétroactif qui reporte l'effet de la convention au jour où celle-ci a existé et non au jour où l'événement visé s'est accompli. Le contrat est présumé avoir existé dès que l'accord des volontés s'est produit, et c'est le lieu même où il s'est manifesté qui détermine la loi applicable, comme dans la généralité des cas.

93. Nous rappellerons ici que les contrats solennels échappent à l'application de ces règles ; des formalités spéciales et strictement déterminées, suivant les principes de l'adage *locus regit actum*, sont autant de conditions *sine qua non* de leur existence. Le contrat ne se forme que lorsqu'elles ont été remplies, et le *locus contractus* est, à proprement parler, celui où l'acte solennel s'est accompli.

94. Ces règles assez simples, qui ne demandent ni développement ni justifications, ne sauraient, en revanche, nous suffire, lorsqu'une convention s'est formée entre des parties, qui n'ont pas été mises en présence. Un contrat peut alors se former par deux catégories d'intermédiaires: 1° Une personne, il s'agit alors d'un mandataire ou d'un gérant d'affaire qui a obtenu une ratification; 2° Une ou

plusieurs lettres ou télégrammes, et il s'agit alors d'un contrat par correspondance.

Nous allons successivement étudier ces deux hypothèses dans des paragraphes distincts; dans un troisième, nous grouperons quelques difficultés d'un ordre différent.

§ 1. — *De la détermination de la* lex loci contractus, *dans le cas où une convention s'est formée par l'intermédiaire d'un mandataire.*

95. Nous ne nous arrêterons pas à déterminer quelle loi régira la formation du contrat de mandat, il tombe sous l'application de nos principes généraux et ses effets, même à l'égard des tiers, sont régis par la volonté expresse ou présumée des parties.

Nous avons à résoudre la question suivante : un mandataire, muni de pouvoirs réguliers, se transporte au domicile de la partie avec laquelle doit contracter le mandant; il conclut avec elle un traité; en quel lieu devra-t-on dire que le contrat s'est formé et quelle loi devra, en conséquence, être appliquée ?

D'après les principes de notre Code civil sur le mandat, le mandataire représente la personne du mandant. Par application de cette règle à notre hypothèse, nous devrons dire que c'est le mandant lui-même qui est réputé s'être transporté au domicile de l'autre partie et y avoir traité avec elle. Juridiquement, la personne de l'intermédiaire disparaît, et c'est au domicile même du contractant non représenté que, les deux parties se trouvant en présence, le concours des volontés s'est produit. C'est la loi du domicile de cette personne qui est la *lex loci contractus*.

Nous donnerons une solution analogue pour le cas où chacun des contractants aurait son mandataire personnel, et où les deux intermédiaires, se rencontrant dans un

pays quelconque, auraient traité ensemble chacun pour le compte de son mandant. Toujours en vertu de la même raison, nous dirons que la *lex loci contractus* est celle du lieu où les deux mandataires sont entrés en relations.

96 Cela va de soi si nous supposons un mandataire muni de pouvoirs absolus et le contrat de mandat formé sous l'empire de la loi française ou d'une législation lui attribuant un rôle aussi étendu. Mais il peut arriver que la convention intervenue entre une personne et celui qui doit lui servir d'intermédiaire ait restreint ces pouvoirs dans une mesure plus ou moins large; on peut encore supposer que le contrat de mandat se forme sous l'empire d'une loi qui n'admette pas la représentation du mandant par le mandataire. Que décider dans ce cas ? Qu'arrivera-t-il si le mandataire n'est qu'un de ces commis voyageurs qui ont pour mission de recueillir les commandes pour les transmettre au mandant et sous la réserve de l'acceptation de celui-ci ?

Il est impossible de donner une solution unique pour les différentes hypothèses qui peuvent se présenter. Le principe est toujours que le lieu du contrat est celui où s'est formé le concours des volontés, mais ses applications sont très délicates. Le juge aura alors mission de s'attacher à l'intention apparente des cocontractants; il devra analyser les rapports juridiques qui se sont formés entre le mandant et le mandataire d'une part, et le mandataire et la tierce-partie de l'autre; la solution variera suivant le rôle joué par l'intermédiaire entre les deux parties.

97. Quelle que soit la multiplicité des hypothèses qui puissent alors se présenter, nous croyons pouvoir les rattacher à trois types principaux que nous allons indiquer

et étudier successivement. Ces groupes d'hypothèses sont les suivants :

1° Les pouvoirs de l'intermédiaire se réduisent à recueillir les offres des tiers sans traiter, mais pour les transmettre à l'acceptation de son patron ;

2° L'intermédiaire a la faculté de traiter, sauf ratification;

3° L'intermédiaire a traité sans avoir aucun pouvoir ni mandat.

98. Reprenons ces trois cas.

Le premier est nettement distinct des deux autres, théoriquement du moins ; cependant, en pratique, on pourra éprouver quelque difficulté à le reconnaître. Il est néanmoins d'une importance capitale de le faire, car la solution à donner varie suivant les cas.

99. Pour étudier ce premier type d'intermédiaire, nous devons matérialiser notre formule par un exemple :

Primus, industriel français qui a une clientèle internationale, prend à gage Secundus avec mission d'effectuer, dans différents pays, des tournées périodiques, dans le but de recueillir les commandes qui pourront être faites. Secundus n'a pas pour mission d'offrir telles ou telles marchandises, mais de recueillir les ordres de chaque client pour les transmettre à Primus, qui répondra s'il peut ou non les exécuter et à quelles conditions. En passant en Autriche, Secundus reçoit de Tertius l'ordre de fabriquer certaines machines, et Primus, averti par Secundus au retour de celui-ci, accepte la commande et s'engage à l'exécuter. Quelle loi régira ce contrat, la loi française ou la loi autrichienne?

Secundus est évidemment lié à Primus par un contrat de louage de services; mais il n'existe entre ces personnes

aucun lien de mandat quant à la convention passée avec Tertius. On ne peut donc pas dire que lorsque Secundus a rencontré Tertius il représentait Primus, et que, par suite, le contrat s'est formé au domicile de Tertius. En réalité, c'est l'effet inverse qui se produit : Secundus, transmettant à son patron l'ordre de Tertius, est devenu le mandataire de ce dernier, et les règles du Code autrichien sur le mandat étant les mêmes que celles de notre Code civil, c'est au domicile de Primus, en France, que le contrat s'est formé. C'est donc la loi française qui sera applicable.

Il ne faudrait pas s'arrêter, pour critiquer notre solution, à cette considération que Tertius peut avoir été informé par lettre du consentement de Primus. Le contrat était formé avant même que Tertius ne fût averti de cette acceptation, ainsi que nous le démontrerons en traitant des contrats par correspondance.

100. On comprend aussi que l'hypothèse assez simple, à propos de laquelle nous venons de raisonner, puisse être indéfiniment modifiée, suivant la nature des rapports contractuels existant entre Primus et Secundus. Il sera parfois difficile de déterminer la nature de ces rapports, qui seront en général réglés par la loi nationale des parties et les usages locaux ou commerciaux de la ville où ils se sont formés.

Quoi qu'il en soit, il y aura là une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge qui, une fois ce point élucidé, devra suivre la méthode que nous venons d'employer, la théorie restant toujours la même. Nous ne nous arrêterons pas plus longtemps sur cette première hypothèse.

101. Le deuxième suppose un mandataire qui traite au

nom du mandant, mais sous la condition suspensive d'une ratification. Le mandant se réserve le droit d'apprécier si le contrat est avantageux pour lui, et dans ce cas de ratifier ou, dans le cas contraire, de le laisser sans effets en refusant sa ratification, Nous pouvons joindre à cette hypothèse le cas où une gestion d'affaire s'est produite et où une modification est devenue nécessaire. La différence entre ces deux cas n'est pas, en effet, de nature à nous arrêter; elle consiste simplement en ce que, dans le premier, le mandataire a agi au nom du mandant et comme le représentant, tandis que, dans le second, il n'a pas eu la prétention de représenter le *dominus;* mais qu'agissant pour le compte de celui-ci, il l'a fait en son nom personnel. La ratification qui interviendra dans l'un ou l'autre cas fera disparaître toute différence entre eux quant au résultat définitif et au choix de la loi applicable. Donc, mettant ces deux hypothèses sur le pied d'égalité qui leur convient, nous n'avons qu'à résoudre une seule question : quelle loi régira l'acte juridique qui acquiert la valeur d'une convention parfaite seulement à la suite d'une ratification? Le conflit s'élève entre la loi du domicile de celui qui a ratifié et celle du domicile de l'autre partie.

102. Les auteurs ont tenu pour l'une et pour l'autre.

Suivant des autorités éminentes, on ne saurait établir d'assimilation entre les hypothèses ci-dessus prévues et celle d'un mandat ordinaire. La loi du contrat n'est donc point, à leur avis, celle du lieu où l'acte juridique s'est accompli, mais bien celle du domicile de la partie qui a ratifié. En effet, disent-ils, l'acte matériellement accompli n'a aucune valeur juridique tant que le *dominus* ou le mandant n'a pas donné son consentement; c'est donc au domi-

cile de ce dernier que la convention se forme, et c'est la loi de ce lieu qui est applicable en vertu du principe général.

103. Nous combattrons ce système qui méconnaît pour nous la portée véritable de la ratification. Qu'a donc voulu faire le *dominus*? Il se trouve en présence d'un acte effectué utilement pour lui, nous devons du moins le supposer; mais il n'a pas concouru à l'accomplissement de cet acte qui est dès lors, à son égard, *res inter alios acta*. Or, il se trouve que son intérêt exige qu'il devienne partie au contrat, auquel il se trouvait jusque-là étranger. Il déclare alors qu'il le ratifie, c'est-à-dire qu'il entend en accepter toutes les conséquences, pourvu qu'il en acquière tous les avantages; il se soumet à toutes les obligations qui en seraient résultées pour lui, s'il y eût été partie, dès l'origine, moyennant l'acquisition de tous les droits qui en auraient été le résultat. C'est donc qu'il considère ce contrat comme valable *ab initio*, et qu'il accepte par la loi à laquelle il était préalablement soumis, celle de l'endroit où se sont rencontrés l'autre partie et le mandaire ou le gérant d'affaire. Nous ne faisons ainsi, tant qu'il n'a pas réservé l'application de la loi personnelle, qu'interpréter et mettre en œuvre sa volonté présumée; et nous sommes fondé à le faire, car il a accepté un fait accompli, sans distinctions ni réserves, et, par suite, nous ne saurions suppléer à son silence sans nous exposer à altérer le véritable sens de ses intentions.

En principe donc nous établissons une assimilation complète entre cette deuxième hypothèse et celle d'un mandat ordinaire, et nous appliquons la loi du domicile de celle des parties qui a traité sans intermédiaire, nonobstant la nécessité d'une ratification, et par suite de cette ratification même.

104. Le troisième cas prévu par nous se formule en ces termes : Une personne a fait un contrat au profit d'une autre, sans avoir reçu de cette dernière aucun pouvoir, ni mandat. La solution de cette difficulté ne laisse pas d'être assez délicate ; le rapport juridique qui se produit alors peut en effet présenter deux aspects différents : il peut s'agir soit d'une gestion d'affaire, soit d'une promesse ou stipulation pour autrui.

On reconnaîtra la gestion d'affaire à ce que l'intermédiaire aura traité en son propre nom et à l'occasion d'une chose appartenant au *dominus*. Dans l'hypothèse d'une promesse ou stipulation pour autrui, l'intermédiaire n'aura la prétention que de jouer le rôle d'un porte-voix, il fera connaître celui qu'il veut rendre créancier ou débiteur.

105. Examinons maintenant ces deux hypothèses :

Supposons d'abord une promesse pour autrui : si, par exemple, une personne se présentant comme intermédiaire a promis de faire exécuter certains actes, payer certaines choses par une autre, la promesse sera régie alors par la loi du lieu où elle s'est produite. C'est cette loi qui, dans la plupart des cas, la déclarera nulle dans les rapports mêmes du promettant et de celui à qui il a promis ; c'est encore cette loi qui réglera les effets et l'étendue de la clause de porter fort, s'il y en a eu une. Même raisonnement pour ce qui a trait à la stipulation pour autrui ; c'est encore la loi du lieu où la stipulation s'est produite qui déterminera quand cette stipulation est nulle ou quand elle est valable.

Nous n'avons pas, d'ailleurs, à nous occuper des résultats que peut entraîner une promesse ou une stipulation pour autrui dans les rapports du stipulant ou du promettant, et du tiers dont la personnalité a été mise en cause sans

son assentiment. En principe, ces effets ne peuvent se produire que par suite d'une ratification, et nous avons déjà étudié les règles qui président à cette difficulté.

106. Si nous nous plaçons maintenant dans l'hypothèse d'une gestion d'affaire, nous donnerons une solution analogue. Nous devons toutefois faire remarquer que nous nous trouvons entraîné par la force même des choses en dehors de notre sujet, puisque la gestion d'affaire est un quasi-contrat, et que c'est un acte unilatéral de volonté qui fait naître l'obligation. Mais il y a dans la gestion d'affaire, comme dans tous les quasi-contrats, place et rôle créés pour la volonté du créancier et pour celle du débiteur ; les deux volontés n'ont pas concouru, elles se sont produites successivement, voilà tout ; et l'obligation née *quasi ex contractu* n'aura d'efficacité réelle que du jour ou il aura plu au créancier de s'en prévaloir. Mais il reste toujours cette différence que l'obligation peut naître *invito creditore*, sauf à rester lettre morte.

107. Ceci dit, prenons une hypothèse que nous allons résoudre rapidement avec les données que nous possédons déjà. Un commerçant français a reçu en dépôt des marchandises appartenant à un négociant anglais ; il trouve une occasion très avantageuse de s'en défaire et il les aliène. Quelle loi régira l'action *negotiorum gestorum directa* exercée par le commerçant anglais ? Il n'est pas douteux que ce ne soit la loi française. Le *dominus* s'est en effet trouvé en présence d'un acte qu'il a considéré comme utile et avantageux pour lui, il a entendu en profiter, et pour cela il faut qu'il l'accepte tel qu'il s'est produit. Le *negotiorum gestor* a dû se placer sous l'empire de la loi française, en conséquence c'est aussi la loi que devra prendre en considération le *dominus*, qui eût pu,

par l'action de dépôt, se trouver soumis à une autre loi librement acceptée, celle du contrat, loi qu'il répudie en agissant par une voie différente.

108. Une tradition, qui nous semble peu justifiée, veut qu'on rapproche de la ratification l'étude des actes confirmatifs, et même des actes récognitifs. Cette tradition, qui a peut-être son origine dans une confusion de M. Fœlix, ne saurait nous déterminer à en parler ici, et nous en renvoyons l'examen à une autre partie de ce travail.

§ 2. — *De la détermination de la loi applicable aux conventions formées par correspondance.*

109. Nous venons d'examiner les hypothèses dans lesquelles le contrat s'est formé par l'intermédiaire d'une personne ; nous abordons, maintenant, celles où aucun mandataire, aucun gérant d'affaire, aucune personne, en un mot, n'est venue s'interposer entre les parties, qui ont communiqué entre elles par voie de correspondance, lettre missive ou télégramme.

Nous avons trouvé dans la théorie de la représentation d'une personne civile par une autre, et dans les effets de la ratification, un moyen de solution relativement facile pour la plupart des questions que nous nous sommes adressées ; mais, dans l'hypothèse nouvelle où nous nous plaçons désormais, cet élément fait complètement défaut, et nous allons nous trouver aux prises avec les difficultés sérieuses que révèle une importante controverse.

110. Pour comprendre la portée exacte de la règle que nous avons à formuler et à justifier, il importe d'avoir toujours présente à la mémoire la théorie des offres, qui est le préliminaire nécessaire de celle que nous avons à

développer. C'est à ce titre que nous allons en retracer brièvement les traits caractéristiques.

Lorsqu'une pollicitation se produit de la part d'une personne, il y a là un fait juridique qui n'est pas, par lui-même, susceptible de créer un lien de droit : il ne naît aucune obligation, d'où l'on peut tirer la conséquence, que l'offrant reste libre de révoquer sa proposition quand il lui plaira de le faire. Mais, si l'on suppose que celui à qui l'offre s'adresse vienne à l'accepter, le pollicitant se trouve dès lors engagé, et il ne peut plus revenir sur la parole donnée. Quant à l'acceptant, il pourra être ou ne pas être obligé, suivant la manière dont l'acceptation se sera produite. Il convient, en effet, de s'attacher à l'intention qu'il aura manifestée ; il est possible qu'il n'ait entendu accepter la proposition faite que comme une offre, sans vouloir s'engager définitivement lui-même, mais dans le seul but de mettre le pollicitant dans l'impossibilité de revenir sur sa proposition. Cette hypothèse, nous ne l'indiquons que pour l'écarter, nous ne nous y attacherons pas dans cette étude qui sera consacrée, toute entière, à la seconde. Dans ce cas, en effet, on suppose que l'offre émanant d'une partie est acceptée par l'autre qui entend devenir immédiatement créancière ou débitrice, suivant le rôle que comporte la pollicitation; c'est alors qu'il y a naissance d'une obligation par suite de la convention même.

111. C'est cette dernière hypothèse que nous nous proposons d'étudier dans le cas où l'offre et l'acceptation définitive se sont faites par correspondance ; et nous avons sur ce point deux difficultés à examiner. D'abord, en quel lieu se forme le contrat? Ensuite, est-ce la loi du lieu du contrat qu'il convient d'appliquer dans ce cas? Ces diffi-

cultés ont donné lieu à une importante controverse, qui va nous retenir un certain temps, et dans l'exposé et la discussion de laquelle nous trouverons la solution demandée.

Attachons-nous tout d'abord à la détermination du lieu du contrat. Ce point est important, puisque la plupart des auteurs appliquent au contrat par correspondance la *lex loci contractus*. C'est par l'analyse même de la convention que nous devrons le déterminer ; le principe est toujours le même, la convention naît dans le pays où se produit le concours des volontés. Mais l'accord sur cette règle, absolument incontestable, n'a point diminué les difficultés de son application ni empêché la divergence des solutions.

112. De nombreux auteurs, et particulièrement de Savigny, s'appuyant sur la définition classique de la convention « duorum pluriumve in idem placitum » consensus », décident que le lieu du contrat est celui où l'acceptation a été donnée. C'est, en effet, au moment où est née dans l'esprit de l'acceptant la volonté de profiter de l'offre qui lui a été faite que s'est produit l'accord générateur d'obligation. C'est donc dans le pays où l'acceptation s'est produite que la convention s'est formée.

113. On a apporté à ce système, rigoureusement exact en théorie, un tempérament nécessaire, au point de vue pratique du moins. Il est très logique de dire que l'accord des volontés existe dès que l'idée de l'acceptation a été conçue, mais cette idée n'a alors qu'une existence intellectuelle qu'il est impossible de constater, et elle n'est point en soi absolument définitive, puisqu'il suffit à l'acceptant de garder le silence pour pouvoir revenir sans objection de la part des intéressés sur une détermination

impossible à prouver ; elle constitue alors véritablement le *propositum in mente retentum*. Mais du jour où la volonté a été émise d'une façon définitive, l'acceptation est alors parfaite et le contrat formé. Il en sera ainsi lorsque cette acceptation se manifestera par une lettre missive, au moment même où cette lettre, venant d'être expédiée, ne se trouvera plus à la disposition de l'envoyeur. Le concours de volontés et, par suite, le contrat n'existera donc que du jour où l'acceptant aura affirmé son intention de façon à ne plus pouvoir revenir sur sa résolution, et le lieu du contrat sera celui où cette décision est devenue irrévocable, celui où la lette a été mise à la poste, c'est-à-dire au domicile de l'acceptant.

114. Mais cette théorie n'a pas été admise par tous les auteurs. Suivant un certain nombre, le contrat ne se formerait qu'au lieu où l'acception a été connue par celui qui a fait l'offre, dans l'hypothèse sus-indiquée, au domicile du pollicitant. Il est vrai, dit-on, que les deux volontés *coexistent* du jour où l'acceptation est devenue définitive ; mais il ne faut point conclure de là que la convention soit formée. Ce n'est pas la *coexistence* des volontés qui fait naître les obligations, c'est leur *concours*. Or, ce concours ne peut exister que si le pollicitant a eu connaissance de l'acceptation ; l'offre faite n'est définitive qu'à partir du moment où il a su qu'elle était acceptée ; jusque-là, il a conservé le droit de la retirer. Ce n'est donc qu'à partir du moment où il n'a plus été libre de le faire que le lien s'est formé et que la convention a existé ; d'où l'on peut conclure que c'est au lieu où est arrivée l'acceptation qu'est né le concours des volontés et la convention obligatoire qui devait en être le résultat ; c'est donc au domicile du pollicitant qu'est le véritable *locus contractus*.

Telle est la théorie qui a été appliquée dans l'article 932 du Code civil français. Lorsqu'une donation est faite, le donataire doit l'accepter, et cette acceptation peut se produire soit dans l'acte même, soit par acte séparé. La donation est en effet un contrat, elle exige un concours de volontés. Or, plaçons-nous dans l'hypothèse d'une acceptation par acte séparé ; l'article 932 nous dit que la donation ne sera parfaite et le contrat formé que lorsque l'acceptation aura été notifiée au donateur : c'est consacrer cette règle que le concours de volontés n'existe que lorsque l'offrant a connu l'acceptation. Le contrat de donation se forme en effet au domicile du donateur.

115. Nous ne choisirons, entre ces deux systèmes, que pour la solution de la question de savoir où se forme le contrat, et nous faisons toutes réserves quant à la solution de celle qui a pour but la détermination de la loi applicable. Dans cet ordre d'idées, nous n'hésitons pas à préférer le premier système au second.

Il y a, nous semble-t-il, une analogie frappante entre le contrat formé par correspondance et celui qui s'est accompli par mandataire : la seule différence est dans l'intermédiaire ; dans ce dernier cas, c'est une personne qui a transmis la volonté du pollicitant ; dans le cas de contrat par correspondance, c'est une lettre missive qui a été soumettre l'offre à l'acceptation. Il y a donc, entre la situation du mandant et de l'expéditeur de la lettre d'offre, une grande similitude de situation, d'où nous pourrions tirer la justification d'un règle commune.

Au surplus, il nous paraît impossible d'admettre la distinction établie entre le concours et la coexistence des volontés. Pourquoi n'y aurait-il pas concours de volontés, lorsque deux parties ont conçu une intention identique?

Le concours ne se confond-il pas avec la coexistence ? Lorsque le pollicitant émet une offre, ne le fait-il pas pour que cette offre soit acceptée ? N'est-ce pas là la seule chose qu'il veuille provoquer et qu'il doive désirer ?

La loi, lorsqu'elle définit la convention, l'accord des volontés, exige-t-elle quelque chose de plus que la coexistence, que la communauté d'intentions, qui est devenue définitive d'une manière quelconque ?

116. Le premier système est, du reste, quoi qu'on en ait dit, celui de notre Code civil qui a consacré, dans bien des circonstances, l'irrévocabilité de l'offre acceptée et la formation définitive du contrat sans que l'offrant ait eu connaissance de l'acceptation. C'est la règle appliquée par les articles 1121, 1985, etc.

Quant à l'article 932, on ne saurait en généraliser la règle, ni dans son principe ni dans ses applications. Dans son principe, car elle ne dérive pas de l'idée générale sur laquelle se fonde le système que nous combattons ; il s'agit, en effet, dans le cas de l'article 932, d'une faveur exceptionnelle faite par la loi au donateur à raison de la situation particulière dans laquelle il se trouve et des précautions qu'il convient de prendre pour sauvegarder ses intérêts. C'est d'ailleurs à cette situation particulièrement favorable que nous devrons nous attacher pour déterminer la loi applicable au contrat de donation, mais il y a sur ce point une difficulté dans l'examen de laquelle nous ne devons pas entrer quant à présent. On voit donc qu'il est impossible d'étendre le principe de l'article 932 aux contrats en général ; mais la règle est encore de droit étroit, si l'on s'attache à ses applications ; elle n'est applicable, en effet, que dans les rapports du donateur et du donataire, et elle est absolument indifférente quant à la forma-

tion du contrat de donation vis-à-vis des tiers. On voit ainsi que l'article 932 contient une règle tout à fait exceptionnelle et qu'il ne convient pas de généraliser.

117. Enfin, nous considérons la distinction établie dans le second système comme dangereuse et conduisant à des conséquences inadmissibles. Nous pouvons relever les suivantes, qui suffiraient, à elles seules, à condamner la théorie dont elles sont le résultat : si l'acceptant décède avant que le pollicitant ait reçu la lettre d'acceptation, la convention ne se formera pas, car il y a bien eu coexistence de volontés, mais non concours ; au moment où l'offrant a eu connaissance de l'acceptation, la volonté de l'acceptant n'existait plus Autre conséquence : si le pollicitant révoque sa proposition dans l'intervalle de l'expédition et de la réception de la lettre d'acceptation, la convention ne sera pas formée. Dans ces deux cas, il y a de graves inconvénients à admettre le système combattu.

118. Ainsi, nous admettrons que, lorsqu'un contrat se fait par correspondance, le lieu du contrat est le domicile de l'acceptant. Mais, ce point étant élucidé, la difficulté n'est pas encore résolue, car il reste à rechercher si l'on doit bien appliquer à la convention ainsi formée la *lex loci contractus ?* La question n'est pas d'une solution facile ; il s'agit, en effet, d'apprécier si les parties ont pu prendre en considération le lieu où le contrat s'est formé, et, par suite, songer à l'application de cette loi. Car nous ne devons pas perdre de vue que nous cherchons à établir une présomption de volonté. Nous avons à nous demander quelle est la loi que les parties ont dû avoir en vue, et nous devons résoudre la difficulté par l'indication d'une loi unique.

Or, s'il est vrai que la *lex loci contractus* réunisse ces con-

ditions, dans le cas où le contrat s'est formé entre les parties présentes ou leurs mandataires, il en est différemment dans ce cas ; le contrat s'est formé par correspondance, hypothèse où les parties n'ont pas communiqué personnellement, où elles ne se sont pas déplacées, venant pour ainsi dire volontairement se soumettre à l'application d'une loi étrangère. Nous devons donc chercher encore à pénétrer, dans cette hypothèse, l'intention vraisemblable des parties, et tirer, de l'appréciation même de leur volonté tacite une solution aussi logique que possible.

119. Nous supposons donc une personne d'une nationalité quelconque qui fait un offre contractuelle à un étranger : quelle doit être l'intention de l'offrant quant à la loi applicable et avant toute acceptation ? Il est évident qu'il a dû songer à la loi de son domicile, celle sous l'empire de laquelle il accomplit presque tous les actes juridiques qui sont relatifs à ses intérêts ; cela est d'autant plus vraisemblable que nous devons supposer que, dans la généralité des cas, il ne connaît point les dispositions de la loi étrangère à laquelle est soumis son futur cocontractant. En réponse à cette offre se produit une acceptation que nous supposons faite sans réserves. Quelle est l'intention de l'acceptant ? Cette intention consiste dans un acquiescement absolu à la proposition faite et, par suite, à toutes ses conditions expresses ou tacites. L'acceptant veut ce qu'a voulu l'offrant. Or, l'accord se trouve ainsi établi même sur la loi applicable, et l'on est autorisé à dire que l'acceptant qui n'a pas fait de réserves se soumet par là même implicitement à la loi du pollicitant. Cette théorie n'est d'ailleurs que l'application des principes développés dans notre chapitre IV, à propos de l'hypothèse où le juge peut induire des circonstances de la cause quelle loi les parties ont voulu adopter. Peut-

être pourrait-on se prévaloir contre ce système de l'égalité qui doit régner entre les parties et dire que nous aboutissons à donner le rôle dominant à l'une d'elles. Même dans ce cas nous serions encore fondé à maintenir notre solution, car il n'y a pas de raison pour ne pas laisser au pollicitant la situation qu'il s'est créée à lui-même et qui a été fortifiée par l'acquiescement de l'autre partie; mais, en dernière analyse, on reconnaît que l'égalité n'a pas cessé de régner; si nous appliquons la loi de l'offrant, c'est du consentement de l'acceptant. Supposons, au contraire, que ce dernier fasse ses réserves, manifeste son intention de faire régler le contrat par une loi différente, la loi de son domicile par exemple, c'est alors cette dernière loi que nous appliquerons, soit que le pollicitant l'ait expressément acceptée, soit qu'il l'ait fait implicitement par son silence. Les droits des deux parties restent intacts.

Nous sommes donc autorisé à poser la règle suivante : Dans le cas d'un contrat formé par correspondance, la loi applicable est celle du domicile de la partie qui est restée maîtresse du contrat.

Telle est la solution que nous proposons à cette question si difficile des contrats par correspondance, solution qui paraît désormais prévaloir en doctrine, aprés bien des recherches et des hésitations.

§ 3. — *De quelques difficultés spéciales relatives à l'application de la* lex loci contractus.

120. Il est certains cas où, connaissant le lieu du contrat, on peut éprouver quelque embarras quant à l'application du droit local. Si nous supposons, par exemple, un contrat se formant en mer sur un vaisseau, nous pouvons nous demander tout d'abord quel est le droit local.

Il convient, croyons-nous, d'appliquer ici les règles consacrées par les principes du droit international public.

S'il s'agit d'un vaisseau de guerre, le droit local est celui du pavillon sous lequel navigue le vaisseau, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le navire est dans un port de quelque nationalité que ce soit en pleine mer. Il n'y aura donc pas dans ce cas de difficulté en ce qui touche la détermination et l'application de la *lex loci contractus,* en vertu du principe de l'exterritorialité.

S'il s'agit d'un vaisseau de commerce en pleine mer, le droit local est celui du pavillon; il en est ainsi quand le navire est à son port d'attache ou dans les eaux nationales, c'est-à-dire à une portée de canon des côtes du pays d'origine.

Mais les vaisseaux de commerce ne jouissent pas dans les ports étrangers du bénéfice de l'exterritorialité, ils sont donc soumis à la loi territoriale du pays où ils abordent. Dans ce cas, la *lex loci contractus* sera celle du pays où le navire fait escale.

En somme, par application de la *lex loci contractus*, le contrat formé sur un navire sera soumis à la loi du pavillon, s'il s'agit d'un vaisseau de guerre ou d'un vaisseau de commerce en pleine mer ou à son port d'attache. Ou si le vaisseau de commerce a abordé dans un port étranger, on appliquera la loi du pays.

121. Mais la difficulté s'accentue, si l'on suppose que le contrat se soit formé dans un pays qui n'est soumis à aucune loi, ou dont le droit local ne prévoit pas la réglementation. On peut supposer, en effet, qu'un contrat se soit formé sur un territoire qui n'appartient à aucune souveraineté; par exemple, si l'on suppose deux étrangers se rencontrant dans le Sahara et formant là un contrat

quelconque, un contrat de transport. On peut en outre se placer dans l'hypothèse où un contrat est formé dans un pays, probablement dans un pays peu civilisé, dont la loi territoriale n'a pas réglementé la substance et les effets. Dans ces différents cas, l'application de la *lex loci contractus* n'est pas possible; aussi sommes-nous dans la nécessité de recourir à la *lex loci solutionis*. Nous pouvons, en effet, poser en principe que cette dernière loi s'appliquera à titre subsidiaire quand la première, à raison de circonstances quelconques, ne saurait être admise. Mais ce n'est qu'à titre absolument accessoire que nous la mettons en œuvre, et pour des hypothèses très exceptionnelles.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE

CHAPITRE VII.

DES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE AUX ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DES CONVENTIONS, ET AUX EFFETS QU'ELLES SONT SUSCEPTIBLES DE PRODUIRE.

122. Nous avons déjà eu occasion, aux débuts même de cette étude, d'indiquer quelles étaient les limites exactes du statut d'autonomie en matière de conventions. Nous ne voulons pas revenir sur ce point, mais nous nous proposons de donner une idée générale de ses applications, et d'insister, d'une façon toute particulière, sur certains points de nature à faire difficulté.

123. Et tout d'abord, en ce qui concerne d'une façon générale les conditions essentielles d'existence des contrats, elles sont évidemment soumises à la loi expressément ou tacitement choisie par les contractants. C'est elle qui réglera, notamment, tout ce qui a trait au consentement, à l'objet et à la cause.

Sur le premier point, une question a fait difficulté ; elle est relative à la loi applicable aux vices du consentement. La controverse est née à propos de la rescision pour cause

de lésion. Les législations ont beaucoup varié sur la réglementation de ce vice. Notre Code civil l'admet, en ce qui concerne les majeurs, dans un certain nombre de cas exceptionnels, notamment en matière de vente et au profit du vendeur, pour plus des sept douzièmes. (*Code civil*, livre III, t. VI, sect. 2.) En Allemagne, on admet la lésion d'outre-moitié; la rescision pour cause de lésion n'est pas connue dans les lois danoise, anglaise et hollandaise.

Si nous supposons qu'un Français ait vendu à un Hollandais un bien situé en Allemagne, le contrat s'étant formé en France, nous aurons à nous demander quelle loi devra régler la question de savoir s'il y a lieu à rescision pour cause de lésion. Sera-ce la loi du lieu du contrat, la loi française, la loi du vendeur, également loi française, celle de l'acheteur, loi hollandaise, ou la situation du bien vendu, loi allemande? Nous avons vu comment ces trois lois diffèrent les unes des autres.

124. Certains auteurs ont voulu faire rentrer la rescision pour cause de lésion dans le statut réel. Suivant eux, c'est la loi de la situation du lieu qui devait être appliquée, dans notre hypothèse, la loi allemande.

C'est ce que décide notamment Fœlix (T. I, p. 198, éd. 1856); cet auteur se contredit, d'ailleurs, lui-même quelques pages plus loin, en appliquant à la rescision pour cause de lésion la *lex loci contractus* (p. 230). Cette opinion est conforme à celle qu'a émise M. Massé, dans son *Traité de droit commercial* (T. I, n° 643).

125. Nous ne saurions nous arrêter à un système qui ne présente aucune espèce de fondement; les tendances actuelles et bien justifiées du droit international ont pour effet de faire sortir du statut réel tout ce que la nécessité

n'oblige pas à y laisser, c'est-à-dire tout ce qui n'intéresse pas l'ordre public et la souveraineté territoriale. Or, il n'est pas douteux qu'il n'en soit ainsi de la rescision pour cause de lésion. Le droit d'exercer cette action en rescision est purement personnel, la lésion est un vice du consentement et rentre comme telle dans le statut d'autonomie.

Un second système veut qu'on apprécie la lésion d'après la loi personnelle de la partie qui l'invoque, soit la loi de son domicile, soit sa loi nationale, suivant l'opinion qu'on adoptera sur ce sujet. Cette seconde théorie est une annexe d'une autre plus générale, que nous allons maintenant examiner. Est-ce la loi du contrat ou la loi personnelle de celui qui contracte qui doit s'appliquer aux vices du consentement?

126. On a voulu trouver une analogie suffisante entre les vices du consentement et l'incapacité pour faire rentrer les règles des premiers dans le statut personnel, à l'imitation de celles de la deuxième. Il s'agit, a-t-on dit, de protéger des personnes qui se sont trouvées, comme les incapables, dans l'impuissance temporaire de défendre leurs intérêts d'une façon suffisante. Qu'il s'agisse de manœuvres violentes ou dolosives, d'erreur ou de préjudice provenant d'une aliénation faite sous l'influence d'une gêne momentanée, c'est une protection qu'il convient de demander et c'est là le rôle de la loi personnelle. L'incapable ne peut consentir parce qu'il n'a pas la liberté absolue de son consentement, il en est de même de la victime de la violence, du dol, de l'erreur ou de la lésion.

Cette théorie aboutit, il nous semble, à enlever au statut d'autonomie sa principale application, son rôle capital

en ce qui concerne l'acte volontaire, le consentement.

La sanction des vices qui peuvent l'entacher n'est point, comme on vient le dire, une protection accordée à un incapable, c'est bien plutôt un moyen donné à une personne, qui momentanément n'a pas joui de sa pleine et entière liberté, de faire constater que le consentement donné par elle n'a pas existé d'une façon suffisamment complète pour produire la plénitude de ses effets. Or, si nous appliquons au contrat lui-même la loi choisie par les parties en tant qu'il s'agit de déterminer ses résultats, pourquoi n'en ferions-nous pas autant dans le cas où le consentement, bien que s'étant produit, se trouve amoindri ou réduit à néant par un vice quelconque? C'est toujours la théorie de l'autonomie que nous avons à mettre en pratique, pourquoi n'en respecterions-nous pas l'étendue? Nous sommes en présence de personnes capables, et il s'agit simplement de prévenir des enrichissements injustes; c'est donc à la loi, sous l'égide de laquelle les parties ont voulu se placer, qu'il appartient d'intervenir pour empêcher que les effets du contrat ne soient entachés d'iniquité.

Tels sont les motifs pour lesquels nous appliquerons aux vices du consentement en général, et à la lésion en particulier, les règles de l'autonomie. C'est dire que, dans l'hypothèse prévue au début de cette discussion et dans le silence des parties, nous ferons régler l'action en rescision par la loi française, loi du lieu où le contrat s'est formé.

127. En ce qui a trait à l'objet dans les obligations, notre théorie ne soulève guère de difficultés. L'obligation de conserver la chose et la théorie de la responsabilité, au cas de faute, sont régies par le statut d'autonomie. Il en

sera de même en ce qui touche l'obligation de livrer; toutefois, il ne faudrait pas établir de confusion entre la livraison et la translation de la propriété. En ce qui touche la translation de la propriété mobilière entre les parties, elle est encore soumise à la loi que celles-ci ont entendu adopter, et si, par exemple, la convention s'est formée sous l'empire de la loi française, elle sera, par elle-même, translative de propriété; mais nous ne saurions étendre cette solution à une translation de propriété immobilière ou de droits réels; ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, il y a là une question de souveraineté territoriale, et c'est la *lex rei sitæ* qui, seule, devra déterminer cet effet juridique. La différence sera encore plus accentuée si nous nous plaçons dans les rapports des cocontractants et des tiers, il y a alors une question d'intérêt général à ce que ces derniers connaissent la translation de propriété immobilière qui vient de s'opérer, et cette publicité doit évidemment être réglée par la *lex rei sitæ*, la seule qui convienne au rapport juridique et permette d'éviter un conflit. Il en est tout différemment, en cas de translation de propriété mobilière, vis-à-vis des tiers, et c'est la loi du contrat qui en réglera les effets.

128. Cependant, la question pourrait faire certaines difficultés en ce qui touche le transport de la propriété, cession de créance ou subrogation. C'est là un point très délicat sur lequel les limites de cette étude ne nous permettent pas d'insister beaucoup. Parlons d'abord de la cession de créance : pour nous, c'est la loi du contrat qui réglera les conditions d'acquisition de titre de créancier à l'égard du débiteur cédé. Paul, Français, créancier de Wilhem, Allemand, a cédé sa créance au Hollandais Hans ; c'est la loi française qui régit la cession entre Paul

et Hans, c'est-elle aussi qui en réglera les effets entre ces deux personnes et Wilhem, le débiteur.

En effet, il n'a pas tenu à ce dernier que la cession s'opérât ou ne s'opérât point, il n'a, dans la circonstance, qu'un rôle essentiellement passif, presqu'indifférent ; par suite, il ne saurait revendiquer l'application de sa loi personnelle, ne pouvant prétendre à aucun droit.

Il en sera de même de la subrogation légale ou conventionnelle, qui, à défaut de stipulation, sera régie par la loi du lieu où s'est opéré le paiement.

La subrogation résulte, en effet, d'une convention expresse (subrogation conventionnelle) ou tacite (subrogation légale), et la loi applicable est bien celle où cette convention est censée être intervenue, c'est-à-dire, au lieu où l'on a payé pour être subrogé.

129. Il y a certaines créances qui font l'objet de modes de cession particuliers, et dont nous devons nous occuper un peu plus longuement. Nous voulons parler des effets de commerce, et particulièrement de la lettre de change. La théorie de l'autonomie est, en cette matière, d'une application vraiment difficile. Il est cependant d'un intérêt capital de déterminer les règles qui doivent lui être appliquées, car c'est un des contrats les plus fréquents dans les relations internationales. Aussi, nous proposons-nous de donner ici quelques détails.

130. Ce contrat est un des points du droit commercial sur lesquels les législations ont varié le plus. Ce n'est cependant pas en cette matière du droit commercial que les divergences législatives se sont le plus accentuées ; la formation, relativement récente de ce droit, son caractère absolument étranger aux mœurs et à la politique l'ont rendu quelque peu cosmopolite. En matière commer-

ciale, le Turc et le Français vivent sous des lois presque identiques. On peut, cependant, classer ces législations en trois catégories, suivant le caractère de leurs tendances :

1° Le groupe français ;

2° Le groupe allemand ;

3° Le groupe anglo-américain.

C'est surtout en matière de lettre de change qu'on voit s'accentuer les différences de ces législations. Le caractère même de ce contrat varie suivant chacune. Tout le groupe français, comprenant la Hollande, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, l'Égypte, la Roumanie, la Suisse, l'Italie, le Mexique, etc...., fait de la lettre de change un moyen d'exécuter le contrat du même nom, ou encore un mandat. Ces législations exigent la mention de la valeur fournie et la remise de place.

Les lois anglaises, au contraire, ont fait surtout de la lettre de change un instrument de crédit par excellence. Elles ont même exagéré cette idée et autorisé les lettres de change au porteur. La codification en a été faite en 1882.

C'est aussi sous l'influence de cette idée que les lois allemandes ont établi une théorie nouvelle, qui tient le milieu entre notre vieux système français et les tendances plus avancées de la législation anglaise. La loi allemande sur ce point date de 1848; elle autorise l'endossement en blanc translatif de propriété et supprime l'indication de la valeur fournie et la remise de place en place.

L'Autriche a adopté ce système en 1850.

131. Ajoutons qu'à cette variété de législations vient se joindre, pour multiplier les conflits, la facilité avec laquelle circulent les lettres de change. Elles sont, en effet, destinées à parcourir des pays divers, elles peuvent être l'objet, dans chacun de ces pays, d'endossement, d'aval, etc... Elles

peuvent être tirées d'une contrée sur une autre : en un mot elles constituent l'un des contrats qui se produisent le plus fréquemment dans les relations internationales.

132. Nous n'avons point à entrer ici dans l'examen des questions de forme ou de capacité relatives à la lettre de change. La capacité rentre dans le statut personnel; la forme est soumise à la règle *locus regit actum*, qui, d'ailleurs, n'est ici que facultative, car on n'est point obligé de recourir à l'intervention d'un officier public pour en opérer la rédaction.

133. Nous supposerons donc une lettre de change valable en la forme et lancée dans la circulation, et nous rechercherons quelle loi va régir sa formation et ses effets. Il faut tout d'abord remarquer que ce contrat est complexe de sa nature, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer. Il comporte deux conventions distinctes : d'abord, un contrat de change par lequel le tireur s'engage à fournir une certaine somme dans un lieu déterminé au preneur ou à son ordre, cette dernière clause restant sous-entendue dans la plupart des législations. En second lieu, un contrat de mandat donné par le tireur au tiré; ce contrat se forme par l'acceptation de ce dernier.

A l'un et à l'autre de ces contrats nous appliquerons notre théorie de l'autonomie, c'est-à-dire que nous réglerons les effets de la lettre de change entre ces trois parties, suivant les lois qu'elles se seront proposé d'adopter.

134. A défaut de volontés exprimées, c'est la seule hypothèse que nous voulions examiner, nous devrons appliquer des présomptions rationnelles.

Or, à la convention de change, que nous avons tout d'abord déterminée, il convient évidemment d'appliquer la *lex loci contractus*, c'est-à-dire celle du lieu où a été

rédigée la lettre. Mais quelle loi choisirons-nous en ce qui touche le contrat de mandat intervenu entre le tireur et le tiré? La question est plus délicate. Appliquerons-nous la théorie ordinaire? Non, car il s'agit ici d'un contrat par correspondance, et nous avons indiqué des règles spéciales pour cette hypothèse.

La loi applicable est celle qu'a choisie la partie maîtresse du contrat. Dans notre matière, c'est le tireur, et l'acceptation, faite sans réserves par le tiré, soumet celui-ci à la loi préférée par le premier. Quant à la détermination de cette loi, il n'est point douteux que ce ne soit celle qui régit déjà les rapports du tireur et du preneur, c'est-à-dire celle du domicile du tireur. Dans la pratique, en effet, un commerçant ne tire guère de lettres de change qu'à son domicile, à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'une retraite, hypothèse exceptionnelle; et, d'autre part, on ne voit presque jamais indiquer dans ces effets de commerce la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat.

135. Mais l'acceptation aura encore pour résultat d'obliger le tiré vis-à-vis du preneur ou vis-à-vis du porteur C'est encore là un contrat soumis à la théorie de l'autonomie; à défaut de toute stipulation, quelle loi lui appliquerons-nous?

Nous avons admis que la loi du domicile du tireur réglait les rapports du tireur et du preneur, et ceux du tireur et du tiré. Il serait absolument illogique d'appliquer, à titre de présomption, nne loi nouvelle dans les rapports du tiré et du preneur. Si nous supposons, en effet, que le tiré ait admis cette loi dans ses rapports avec le tireur, par le fait même de son acceptation, il serait illogique et invraisemblable de dire que, dans cette même accepta-

tion, il n'a pas entendu se soumettre à la même loi vis-à-vis du preneur. C'est d'ailleurs la même chose pour le preneur, et nous le verrons bientôt pour le porteur.

136. Occupons-nous des endosseurs. Chacun a des relations juridiques de créancier à débiteur avec celui qui le précède et de débiteur à créancier avec celui qui le suit. Ces relations engendrent des séries de recours généralement solidaires et à propos desquels peuvent naître des conflits de lois.

Or, à cet égard, nous pourrions considérer chaque endosseur comme un tireur secondaire et, par suite, chaque contrat né par voie d'endossement comme soumis à la loi du domicile de cet endosseur. Mais ce système, qui est adopté par presque tous les auteurs, nous semble donner une solution insuffisante au conflit à résoudre. Il soumet, en effet, à des lois, qui peuvent être nombreuses et variées, des actes juridiques qui constituent une série non discontinue, et se rattachent les uns aux autres par un lien intime.

Prenons en effet le porteur non payé ; il n'a pas seulement recours contre l'endosseur qui le précède immédiatement, mais bien contre tous les autres et même contre le tireur. Or, supposons qu'il exerce son recours contre ce dernier : comme il l'a acquis en vertu du contrat intervenu entre lui et le dernier endosseur, nous devrions conclure, d'après le système général, que ce recours sera soumis à la loi du domicile du dernier endosseur. Il y a là un résultat contradictoire : en effet, il fait naître un conflit insoluble entre la loi du domicile du tireur, sous l'empire de laquelle celui-ci a voulu se placer, tout le monde l'admet, et celle en vertu de laquelle agit le porteur. Un exemple fera mieux apparaître notre pensée : supposons

un tireur français qui a fourni la provision ; aux termes de notre Code civil, il échappe à toute responsabilité vis-à-vis du porteur négligent. Il peut donc exiger du porteur, qui exerce contre lui son action en responsabilité, la qualité de diligence dans les termes de la loi française. Or, supposons que ce porteur tienne la lettre de change d'un endosseur dont la loi n'exige pas des formalités aussi sévères que celle du tireur ; ce dernier va se trouver exposé à un recours inattendu, auquel il n'a pas évidemment entendu se soumettre. N'est-ce pas là violer le principe de l'autonomie ?

137. Mais, au contraire, si nous reprenons la série des opérations juridiques qui se sont produites depuis la création de la lettre de change jusqu'à son paiement, analysant une à une les relations qui se sont produites, ne pouvons-nous pas arriver à une solution différente et susceptible de donner des résultats plus satisfaisants ?

Le preneur, qui va devenir le premier endosseur, est régi dans ses rapports avec le tireur par la loi du domicile de ce dernier ; ceci est incontesté. Or, à raison du contrat même qui s'est formé entre eux, le preneur a le droit de transmettre, par voie d'endossement, l'effet de commerce à une tierce personne, qui va devenir porteur et acquérir contre le tireur un recours en cas de non-paiement. D'où dérive ce recours ? De la volonté du tireur, évidemment. Qui l'a fait naître ? Le preneur. En vertu de quel droit ? En vertu du droit concédé par le tireur et du recours même qu'il a contre lui. Or, quelle loi régissait ce droit et ce premier recours ? Celle du domicile du tireur.

Le preneur a-t-il donc pu, en vertu de ce droit, créer un recours soumis à une loi différente ? Non, puisque ce deuxième recours est une émanation de la volonté du

tireur. C'est donc à la loi du domicile de ce dernier que nous le soumettrons.

Nous pouvons, au surplus, répéter le même raisonnement pour chaque endossement, et chaque nouveau qui naîtra se trouvera de la sorte soumis à la même loi, toujours celle du domicile du tireur.

138. Restent à régler les relations du porteur et du tiré-accepteur. Nous avons déjà prévu celles du preneur et du tiré en l'absence de tout endossement. Or, tout ce que nous venons de dire suffit à montrer que le porteur se trouve, à ce point de vue, dans la situation du preneur, et doit se soumettre à la même loi.

139. Récapitulant toute cette discussion, nous aboutissons à appliquer aux effets de la lettre de change une loi unique, celle du domicile du tireur, la loi d'origine du contrat. On ne saurait méconnaître l'avantage d'une telle théorie ; malheureusement, nous ne pouvons la produire sans quelques hésitations, et nous ne saurions appuyer l'ébauche que nous venons d'en donner sur aucune autorité doctrinale ou de jurisprudence. Aussi n'est-ce là qu'une idée que nous livrons à l'appréciation de juges autorisés, sans oser y insister plus longtemps.

140. Nous devons maintenant exposer le système généralement suivi en doctrine et en jurisprudence.

Le principe consiste à décomposer l'opération en un certain nombre de contrats distincts et à appliquer à chacun, à titre de présomption, la *lex loci contractus*.

Ainsi, le contrat intervenu entre le tireur et le preneur sera soumis à la loi du lieu où la lettre de change a été tirée. Le contrat de mandat qui se forme entre le tireur et le tiré sera régi par la loi du domicile de ce dernier ; on considère que c'est en ce lieu que s'est formé le contrat,

ce que nous ne saurions admettre. Les relations juridiques entre chaque endosseur et l'endosseur qui suit sont régies par la loi du domicile du premier, c'est aussi cette loi qui règle le recours et la question de savoir s'il y a ou non responsabilité solidaire de tous les endosseurs. Mêmes règles pour l'acceptation par intervention, l'aval, etc....

On voit que, d'après ce système, la lettre de change se trouve soumise à une quantité de lois différentes, suivant la nature des relations qu'il s'agit d'apprécier. Les inconvénients d'un tel système ne sauraient échapper, et il paraît presque impossible d'établir, d'une façon suffisante, les limites d'application de chacune de ces lois.

141. La matière de la lettre de change mériterait certainement de plus longs développements et serait susceptible de faire l'objet d'une étude à part; mais le plan que que nous nous sommes imposé nous met dans la nécessité de nous restreindre à l'exposé qui précède pour passer immédiatement à d'autres difficultés.

142. La loi choisie par les parties réglera également les dommages-intérêts qui peuvent être dus pour l'inexécution des obligations de faire. Certaines décisions de jurisprudence, que nous aurons occasion de citer quand nous parlerons de la limitation du taux de l'intérêt, ont soumis les intérêts, dus à la suite de la demande en justice, à l'application de la *lex fori*. C'est un effet de l'assignation qui se rattache à la procédure, et doit, comme elle, être soumis à la loi du tribunal saisi. Cette solution nous semble équitable, mais seulement dans l'hypothèse où le contrat sujet à litige n'était pas déjà productif d'intérêts, auquel cas la volonté des parties doit toujours conserver son effet. Dans toute autre hypothèse, les intérêts ne sont dus que par un effet de la loi et sortent, par suite, du

statut d'autonomie. La jurisprudence n'a point toujours respecté cette distinction, ainsi que nous le verrons.

143. En ce qui touche l'interprétation des conventions, nous appliquerons la même théorie, c'est à la loi du contrat qu'il faudra se référer. Ce ne sera donc pas seulement à la *lex loci contractus* qu'il faudra s'attacher, comme semble le dire Story (*Commentaries on the conflict of laus*, §§ 270-279); on serait ainsi exposé à commettre de graves erreurs.

144. La cause, dans les conventions, rentre encore dans le statut d'autonomie; c'est la loi du contrat qui nous dira s'il y a une cause et si cette cause est licite. Cependant, il ne faut pas ici complétement se désintéresser de la *lex fori* ou de la *lex solutionis*. Nous aurons, en effet, occasion de voir que, lorsqu'une convention a une cause illicite en vertu de l'une ou l'autre de ces lois, elle ne saurait être admise dans le pays qui la proscrit, l'ordre public étant intéressé à ce qu'elles ne le soient point.

Il y a certains contrats qui présentent une cause d'une nature particulière et susceptible d'influer sur la solution à donner en ce qui touche la loi applicable. Nous voulons parler des contrats à titre gratuit, de la donation. En cette matière, les règles de l'autonomie sont sensiblement modifiées par une double considération portant, d'abord, sur la situation particulièrement favorable du donateur et, ensuite, sur la nature du contrat de donation qui, dans notre législation française, est un contrat solennel. A tout ce qui concerne les formes de ce contrat, nous appliquerons donc la règle *locus regit actum*, mais nous n'avons pas à insister sur ce point. Nous n'avons parlé du contrat de donation que pour dire qu'en ce qui concerne ses effets le rôle des parties, donateur et dona-

taire, n'est pas égal en ce qui concerne le choix de la loi applicable.

Bien qu'il s'agisse d'une convention, nous devons ici considérer la donation comme un acte unilatéral et appliquer la loi choisie par le donateur, vraisemblablement celle de son domicile. Il convient, en effet, d'attribuer à celui-ci une situation prédominante dans la convention; sauf stipulation contraire, le donataire est présumé accepter toutes ses conditions, parmi lesquelles nous pouvons comprendre, sans contredit, l'application de la loi du donateur.

145. C'est aussi la loi du contrat qui déterminera la nature de l'obligation formée, qui dira si elle est civile ou naturelle, solidaire ou non, divisible ou indivisible. C'est cette même loi qui en réglera les modalités, qui nous indiquera quels seront les effets de la condition, du terme de clause pénale.

146. C'est enfin la loi choisie par les parties qui réglera les effets du contrat. Sur ce point, certaines difficultés se sont élevées en ce qui touche l'homologation d'un contrat fait pour le compte d'un incapable et la confirmation d'un contrat entaché de nullité; nous allons examiner ces deux hypothèses.

147. Certains actes peuvent valablement être accomplis par des incapables ou leurs mandataires légaux moyennant des formalités habilitantes qui varient avec les législations. Il peut arriver qu'un tuteur ne puisse faire valablement une vente pour le compte d'un mineur sans obtenir l'homologation de justice. Supposons qu'un fait de cette nature vienne à se produire dans les relations internationales, par exemple si le tuteur d'un mineur français, autorisé par le conseil de famille, vend à un

Anglais un immeuble situé en Belgique, les parties s'étant rencontrées en Hollande. Quelle loi régira les effets de ce contrat? La difficulté provient de ce que, l'homologation étant exigée, le contrat ne sera parfait que lorsque le tribunal compétent l'aura prononcée. Il semble donc que le contrat se forme en France, au moins en ce qui touche ses effets. Mais en décider ainsi serait perdre de vue cette règle que le choix de la loi applicable appartient aux cocontractants, et que ce n'est que comme présumée choisie par eux que nous appliquons la *lex toci contractus;* or, moyennant la double condition de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation de justice, le tuteur reste absolument libre d'agir comme il l'entend dans l'intérêt de son pupille. Il n'est pas douteux qu'il appartienne à la loi personnelle de chacune des parties de déterminer les règles de protection exigées par leur incapacité, que, dans notre hypothèse, par exemple, ce soit à la loi française à établir la nécessité et à régler les formalités de l'homologation ; mais il y a loin de là à dire que cette loi doive régler le contrat en lui même ou en modifier les effets. On ne peut même pas dire avec quelque raison que le contrat se soit formé en France, l'homologation n'est pas une condition essentielle de son existence, le défaut de cette formalité ne saurait entraîner qu'une nullité relative. Donc la convention existait auparavant, elle existait du jour où l'accord s'est produit, elle s'est formée en Hollande, et c'est la loi néerlandaise qui est la *lex loci contractus.*

Si l'homologation, intervenant après un contrat, ne peut rien modifier à notre théorie, il en est de même de la confirmation. Elle peut être définie : un acte volontaire et unilatéral qui a pour but de faire disparaître un vice en-

tachant une convention et d'éteindre l'action en nullité, conséquence de ce vice. Or, il n'est point douteux que la confirmation, en ce qui concerne la forme dans laquelle elle doit se produire, ne soit régie par la loi personnelle de la partie au profit de laquelle existait l'action en nullité. Mais est-ce à cette même loi à régler les effets du contrat confirmé ?

148. Cette question soulève la même difficulté que la précédente. Fœlix (*loc. cit.*, t. I, p. 226), qui semble méconnaître un peu le caractère de la confirmation, établit une distinction. Si la confirmation n'ajoute rien à la valeur intrinsèque du contrat, on appliquera la *lex loci contractus ;* mais si la convention est de celles qui ne peuvent recevoir leur effet que par suite de la convention même, c'est la loi du lieu de la confirmation qu'il faudra appliquer : il cite, comme exemple de la première hypothèse, la rédaction par écrit d'une convention verbale, et de la seconde, l'homologation du tribunal dans le cas de l'article 467 du Code civil. Nous voilà bien loin de la confirmation dans le sens où on l'entend généralement ce mot, c'est-à-dire comme une renonciation au droit de se prévaloir d'une nullité de la convention. Aussi, ce système nous paraît-il de nature à jeter une certaine confusion sur une question que nous trouvons déjà assez mal élucidée.

Nous devons donc, tout d'abord, le rectifier à deux points de vue : d'abord en ce que dans la distincion de Fœlix il n'est nullement question de confirmation au vrai sens du mot, ensuite en ce que l'une de ses solutions est fausse, la seconde.

Sur le premier point, nous n'avons rien à ajouter, il suffit de relever l'erreur pour n'avoir pas besoin de la justifier. Sur le second, nous n'avons pas à insister beaucoup

plus après les explications que nous avons fournies relativement à la nécessité de l'homologation. Nous avons montré comment cette formalité ne pouvait influer sur la loi applicable à la convention même, comment elle rentrait dans le statut personnel, tandis que la substance du contrat se rattachait au statut d'autonomie. Mais nous devons ajouter qu'il ne faut pas considérer l'homologation comme une confirmation. L'une est un acte d'autorité, l'autre un acte de volonté.

149. Abandonnant maintenant ce système de Fœlix, nous devons reprendre, sous son véritable jour, la question par nous posée. Nous nous trouvons en présence de solutions très diverses, dans lesquelles il nous paraît assez simple de rétablir l'ordre, après un exposé rapide.

D'après les uns, la confirmation constitue un contrat nouveau, suite médiate ou accidentelle du premier, et soumis en conséquence à la loi du lieu où il s'est formé. Les autres appliquent la loi personnelle de celui qui confirme, parce qu'il s'agit là d'un acte de volonté unilatéral. D'autres, enfin, étendent cette solution au contrat confirmé, qui n'existe, disent-ils, que par l'effet de l'acte nouveau.

150. Nous croyons devoir attribuer ces divergences à ce qu'on n'a pas songé à établir une distinction suffisamment nette et tranchée entre la formation de l'acte confirmatif d'une part, et son effet en ce qui touche l'acte confirmé, d'autre part. Ces deux faits juridiques doivent être appréciés séparément, et quelle que puisse être l'action de l'un sur l'autre, ils ne doivent point être soumis à la même loi. Lorsque les parties, dont l'une s'est trouvée incapable, sont tombées d'accord, le contrat s'est formé, sauf à être entaché d'un vice susceptible d'en entraîner l'annulation.

La situation est donc la suivante : il y a un contrat qui existe tant qu'on n'aura pas exercé une action judiciaire pour le faire annuler. Si nous faisons abstraction de cette possibilité d'annulation, le contrat sera soumis à la loi choisie par les parties, ou à la *lex loci contractus*. Supposons que l'action en nullité s'éteigne par prescription, en vertu de l'article 1304 du Code civil ; le contrat, désormais inattaquable, sera toujours régi par la même loi. Or, il faut remarquer que la prescription, dans ce cas, est fondée sur une présomption de confirmation tacite ; d'où nous devons conclure que la confirmation expresse devra produire un résultat identique et laisser le contrat soumis à la même législation, rien ne viendrait justifier une solution différente.

Donc, premier point acquis, le contrat confirmé reste soumis à la législation primitive, et c'est l'application de notre théorie de l'autonomie qui laisse au libre choix des deux parties la détermination de la loi du contrat.

151. Mais cette solution ne porte aucune atteinte à celle que nous allons maintenant donner pour la confirmation en elle-même, abstraction faite de ses effets. Il y a là un acte de volonté unilatéral soumis, en ce qui concerne la formation, à la loi choisie par son auteur ; s'il n'y a pas eu de choix fait expressément, nous appliquerons à titre de présomption la loi de son domicile ou la loi personnelle.

Cette loi pourra d'ailleurs être absolument différente de celle du contrat ; ce qui sera sans inconvénients, car le domaine de l'une et l'autre loi se trouvera parfaitement délimité.

Ajoutons enfin que notre système est absolument satisfaisant en équité ; le rôle de celui qui confirme un contrat annulable est analogue à celui d'un *dominus* qui ratifie

une gestion d'affaire; la confirmation, comme la rectification, est l'acceptation complète d'un contrat qui sans cela pourrait rester sans effets vis-à-vis d'une des parties. Cette acceptation comporte donc le maintien de la loi applicable; tant qu'il n'a pas été fait de réserves exprimées, celui qui confirme ou qui ratifie se soumet volontairement st spontanément à cette loi.

152. De tout cela, nous pouvons conclure que :

1° La confirmation en ce qui concerne ses conditions intrinsèques d'existence est soumise à la loi qu'a choisie l'auteur de cette confirmation;

2° Le contrat confirmé reste soumis à la même loi qu'auparavant.

Tous les autres effets des conventions seront soumis à la même loi, sans qu'il convienne d'établir aucune distinction entre ces différents effets, sauf en ce qui concerne les effets translatifs de droits réels. Nous ne voulons pas d'ailleurs revenir ici sur une controverse déjà examinée.

153. Ce ne sont pas seulement les contrats, ou conventions créatrices d'obligations, qui rentrent dans la théorie de l'autonomie, ce sont encore toutes celles qui éteignent des obligations. C'est d'ailleurs absolument logique, et l'effet produit est à peu près le même quant à son étendue, s'il est différent quant à son résultat. L'obligation restreignait la liberté du débiteur en accroissant celle du créancier; la convention extinctive va restreindre les droits du créancier pour rétablir ceux du débiteur dans leur intégrité. Tout cela rentre dans l'autonomie, en supposant que l'extinction soit l'œuvre de la volonté des parties et non celle de la loi même.

Nous permettrons donc aux cocontractants de déterminer la loi sous l'empire de laquelle ils prétendent se

placer pour opérer l'extinction, ou, à défaut de stipulation expresse, nous appliquerons la loi du lieu où s'est formée la convention, sauf à pouvoir autrement interpréter la volonté des parties en suivant la méthode que nous avons précédemment indiquée.

154. Parmi ces conventions extinctives des obligations, nous compterons, en premier lieu, le mutuel dissentiment, qui est véritablement le type parfait de la convention extinctive. Puis vient ensuite la novation, qui est à la fois extinctive et créatrice d'obligations, la compensation volontaire, dans les hypothèses où la compensation légale ne peut se faire. Nous n'avons pas ici à rechercher quelle loi régira cette dernière.

Nous appliquerons aussi la théorie de l'autonomie à la remise de dette, qui est une véritable convention, car elle suppose toujours l'acceptation de la part du débiteur.

155. Enfin, rentrera encore dans le statut d'autonomie la réglementation du paiement volontaire en ce qui touche du moins la partie purement conventionnelle de cette opération ; à savoir : la volonté pour le débiteur d'éteindre son obligation en l'exécutant et, de la part du créancier, la volonté de renoncer à son droit, moyennant l'exécution de l'obligation. Toutefois, pour ce qui a trait à la détermination du lieu où le paiement doit s'opérer, des prestations qui doivent être fournies, de l'époque où elles doivent l'être, etc...., nous nous attacherons à la loi qui régissait le contrat exécuté ; il s'agit ici d'effets de ce contrat et non d'une convention nouvelle.

Telles sont les applications de notre théorie de l'autonomie. Nous allons étudier maintenant les exceptions qu'il convient d'y apporter.

CHAPITRE VIII.

DES EXCEPTIONS QUI DOIVENT ÊTRE APPORTÉES AUX EFFETS DE LA VOLONTÉ EN MATIÈRE DE CONVENTIONS.

156. Jusqu'à présent, nous avons étudié la théorie de l'autonomie au point de vue de son étendue d'application, et nous avons montré quel était le rôle de la volonté individuelle en notre matière. Nous avons, en outre, indiqué quelles limites devaient être apportées à notre théorie, quelles étaient les règles de droit qui devaient être classées dans le statut d'autonomie. Mais, en se plaçant dans la sphère d'application de nos principes mêmes, nous rencontrons un certain nombre d'exceptions qui constituent autant d'obstacles au libre exercice de la volonté et que nous devons désormais étudier. Ces restrictions dérivent toutes de l'existence de dispositions prohibitives de la *lex fori* ou de la *lex loci executionis*. Il existe, en effet, dans toutes les législations, un certain nombre de règles que le juge est contraint d'appliquer, et auxquelles la volonté expresse ou tacite des parties ne peut apporter aucune dérogation. Émanation de la souveraineté nationale, elles ne sauraient être transgressées parce qu'elles intéresrent directement ou indirectement l'existence de l'État qui les a prescrites ; directement, s il s'agit de règles directes; indirectement, s'il s'agit de principes de morale sociale.

157. Ces règles, bien que se rencontrant sur des points assez nombreux dans les différentes législations, n'en présentent pas moins, dans bien des circonstances, une variété très appréciable. On conçoit, dès lors, qu'un conflit

puisse se produire et qu'il puisse arriver que telle convention, licite dans le pays où elle s'est formée, puisse ne pas l'être dans telle autre contrée, où elle est destinée à recevoir son exécution totale ou partielle, et surtout sa sanction judiciaire. Dans cette hypothèse, le juge, saisi de la demande, se trouve lié par la loi sous l'empire de laquelle il est placé et dont il tient tous ses pouvoirs, et voit cette loi lui dicter une solution contraire à celle que donnerait l'application de la loi choisie par les parties.

158. La question peut aussi se présenter sous un aspect différent, et nous devons tout d'abord en dire un mot pour éviter une confusion possible. Une convention s'est formée sous l'empire d'une loi qui la déclare illicite, mais elle doit produire des effets dans un pays où elle est admise et sanctionnée; le juge de ce dernier pays devra-t-il la reconnaître? Par exemple : en France, le pari ne donne lieu à aucune action judiciaire; en Angleterre, il est sanctionné par les tribunaux. Le juge anglais devra-t-il ordonner le paiement d'une somme pour un pari fait sous l'empire de la loi française? On sera peut-être surpris d'apprendre que la question est controversée. On a, en effet, soutenu qu'il importait peu dans un pays que les règles d'ordre public d'un autre État fussent ou non respectées, et que si, dans l'hypothèse indiquée, la loi anglaise ne mettait pas obstacle à ce que la volonté des parties reçût son exécution, il n'y avait aucun motif d'obliger le juge à aller chercher, dans une loi étrangère, une prohibition qui lui était inconnue. Ce système nous paraît être la négation des principes que nous avons posés. Si, dans notre exemple, la convention a été soumise par application de la volonté expresse ou tacite des parties à la législation française, c'est d'après les règles de cette législation qu'il convient

d'en apprécier la validité, tant que, dans la loi anglaise, aucune prohibition ne viendra en faire écarter l'application. Or, on ne saurait soutenir que dans cette hypothèse, pas plus que dans toute autre analogue, il y ait des motifs d'ordre public imposant l'application de la loi anglaise, l'existence de l'État n'étant pas intéressée à ce que les paris soient reconnus par la loi, si bien implantés dans les mœurs qu'ils puissent être. Ce point résolu, et sans que nous voulions nous y arrêter plus longtemps, nous revenons à notre question.

159. La véritable difficulté qui se poserait tout d'abord serait de donner un critérium qui servît à déterminer que les règles législatives sont d'ordre public et, par suite, s'imposent d'une façon absolue. Les auteurs ont beaucoup varié sur ce point : les uns semblent s'attacher de préférence à la nature intrinsèque des dispositions, fondant la distinction sur leur caractère même et leur but ; d'autres s'attachent à la forme extrinsèque, considérant si elles sont conçues en formes prohibitives ou impératives, ou simplement énonciatives. Peut-être ne faudrait-il pas séparer l'un et l'autre moyen de distinction ; la difficulté serait alors de les combiner dans une juste proportion. Mais nous ne tenterons pas de l'aborder ; il nous suffira, pour justifier notre abstention, de constater qu'aucun jurisconsulte n'a pu arriver à trouver une solution pleinement satisfaisante. Nous procéderons donc par une voie plus facile et plus sûre, en nous bornant à l'indication des cas les plus intéressants qu'ont révélés la pratique et la théorie.

160. Mais il convient de donner tout d'abord le principe, avant de passer à ses applications. Il peut se formuler ainsi qu'il suit : Les dispositions d'ordre public

d'une loi territoriale font échec à l'application d'une loi étrangère dans ce pays, même en matière de conventions.

Ce principe, incontesté en lui-même, est mis en œuvre, sans difficultés, dans un certain nombre d'hypothèses. Nous allons en examiner quelques-unes.

161. La loi française a flétri la traite des noirs comme contraire aux principes les plus sacrés de la morale et de la liberté; il n'est point douteux que les tribunaux français doivent refuser de sanctionner une convention dont le but serait le commerce des esclaves, ou même la vente de l'un d'eux, entre deux personnes, et cela même si la loi du pays où le contrat s'est formé l'autorisait et donnait une action pour son exécution.

162. Il en serait de même des pactes sur successions futures que notre législateur a considérés comme contenant un *votum mortis*, du moins en principe.

163. Le Code civil (art. 2078) prohibe le pacte commissoire en matière de gage ; on a considéré que la sûreté des débiteurs exigeait qu'ils ne fussent pas mis à la disposition de leurs créanciers par des clauses qui pouvaient dissimuler des conventions usuraires, ou, tout au moins, léser grièvement le débiteur en produisant, pour le créancier, un profit inique et immodéré ! Il y a là, personne ne le conteste, une règle d'ordre public. Qu'un contrat de nantissement, avec pacte commissoire, vienne à se former dans un pays dont la loi l'autorise, il ne saura recevoir son exécution en France.

164. Le gouvernement français, contrairement aux principes enseignés par les économistes les plus autorisés, s'est réservé le monopole de certaines fabrications et la vente des produits qui en découlent. Un intérêt financier

considérable est engagé en cette matière et le législateur, qui a établi des règles prohibitives destinées à protéger son droit d'exploitation, leur a certainement attaché le caractère d'ordre public. Le juge devra donc repousser toute demande en contradiction avec ces principes ; c'est ainsi qu'il considérera comme nul un contrat passé à l'étranger et ayant pour objet des fournitures de poudre de chasse ou de guerre destinées à être vendues en France. On ne devrait pas donner la même solution pour le cas où les tribunaux français auraient à statuer sur une convention relative à des denrées monopolisées en France, mais qui devrait recevoir son exécution à l'étranger : si l'on suppose, par exemple, qu'un Belge, marchand de tabacs, ait traité avec un débitant français pour que celui-ci lui fournisse une certaine quantité de cette marchandise, destinée à être vendue en Belgique, le juge français devra sanctionner ce contrat, car il ne porte aucune atteinte au monopole de l'Etat.

165. Mais il devra annuler sans hésitation les conventions relatives à des modifications dans l'ordre successoral, dans les droits du mari comme chef de l'association conjugale et dans le régime des biens. Il en serait de même des contrats rappelant dans une mesure quelconque les institutions du régime féodal, bien qu'ils puissent affecter des formes distinctes de celles du contrat d'inféodation. Tel serait, par exemple, le contrat de bail à ferme qui établirait une puissance personnelle du bailleur sur le fermier, ou un lien juridique indissoluble entre ce dernier et le bien affermé; telle serait encore la convention génératrice de servitude, qui aurait pour effet d'établir une certaine suprématie d'un fonds sur un autre (art. 638).

166 Ces différents points, absolument incontestés, suf-

fisent pour donner une idée exacte de notre principe. Nous devons aborder maintenant un certain nombre d'hypothèses qui présentent plus de difficultés et ont provoqué certaines controverses Sous ce chef, nous allons étudier successivement les contrats de contrebande, ceux qui sont relatifs aux jeux, et les conventions ayant trait au taux de l'intérêt.

§ 1. — *Du contrat de contrebande.*

167. Des personnes ont formé, dans un pays, un contrat ayant pour objet d'introduire en fraude, dans une autre contrée, des marchandises soumises à un droit de douane : il s'agit par exemple d'un contrat de société. Point de doute qu'il ne soit considéré comme nul par les tribunaux du pays aux droits duquel on veut faire échapper les marchandises prohibées ou taxées ; il n'y a pas de contestation possible, l'ordre public est intéressé, et l'on ne saurait admettre un contrat dont l'objet est ainsi illicite et préjudiciable à l'État, victime de la fraude.

168. Mais au point de vue de tout autre État ce contrat est-il valable? Si une contestation vient à s'élever entre les associés, la verra-t-on sanctionner par les tribunaux du pays où elle s'est formée ?

Bien que la question ne soit pas nouvelle, elle reste toujours contestée. Une opinion qui a beaucoup de crédit reconnaît la validité de contrats de cette nature. Les États, dit-on, n'ont pas à se préoccuper des intérêts pécuniaires des autres pays; bien plus, il existe, entre toutes les nations, une lutte nécessaire en ce qui touche le régime douanier; c'est une des applications de la libre concurrence, et protéger la contrebande est un acte de bonne guerre. Chacun d'ailleurs doit savoir défendre lui-même

ses intérêts, s'ils sont en contradiction avec ceux des autres; une nation qui assume la mission de protéger les tarifs douaniers des pays voisins joue, en somme, un rôle de dupe; pourquoi ne pas laisser à ceux qui veulent s'y exposer les risques que peut leur faire courir leur entreprise?

169. Tel est le raisonnement que nous rencontrons dans de nombreux auteurs et qui se retrouve aussi dans la jurisprudence. Quant à cette dernière, un des documents les plus anciens que nous connaissions est une sentence de l'amirauté de Marseille, du 30 juin 1758, confirmée par un arrêt du Parlement d'Aix l'année suivante. Cette sentence est rapportée et critiquée par Pothier, dans son *Traité de l'assurance*, sous le n° 58.

La jurisprudence moderne a suivi cette voie en décidant que le contrat de contrebande, sur un territoire étranger, n'avait en soi rien d'illicite, pourvu que le moyen employé ne consistât point dans la corruption des agents du fisc étranger. (Pau, 11 juillet 1834, et Cassation rejet. Sirey, 35, 1, 673. — Aix, 30 août 1833. Sirey, 34, 2, 261. Cassation, 25 mars 1835. Sirey, 35, 1, 804.)

170. Ce système, contre lequel Pothier avait déjà élevé de vives protestations, ne trouve plus guère aujourd'hui de défenseurs dans la doctrine. En fait, un État n'a guère intérêt à favoriser la contrebande faite au préjudice d'une nation étrangère; il s'expose à une réciprocité vraiment redoutable pour lui et se fait le protecteur de personages généralement peu recommandables, ce qui ne peut qu'être contraire à sa propre autorité et porter une atteinte sérieuse à sa dignité dans les relations internationales. Faut-il ajouter que, le plus souvent, ceux qui s'établissent sur une frontière pour faire passer en fraude des

marchandises d'un pays dans un autre, ne se bornent pas à faire la contrebande au préjudice d'un seul ; ils font entrer autant qu'ils ont fait sortir.

Mais au point de vue du droit et de la morale, il est de l'intérêt d'un État de ne pas prêter la main à des conventions immorales en elles-mêmes, et l'on ne saurait nier que la fraude, quelque soit son but, doive être classée dans cette catégorie. Cela est d'autant plus facile, qu'il ne s'agit pas de punir une infraction à une loi étrangère, mais simplement de refuser la sanction à un contrat qui a cette infraction pour objet.

D'autre part, s'il a pu y avoir un certain antagonisme entre les États, au point de vue douanier, on doit s'efforcer de le faire disparaître par des traités de commerce, plutôt que de l'accentuer par des procédés irritants pour les étrangers, et sans avantages pour les nationaux. Pour être fructueuse, la concurrence ne doit point être déloyale.

171. Nous conclurons donc que les conventions ayant pour objet l'exercice de la contrebande sur un territoire étranger doivent être considérées comme contraires à l'ordre public national, et les tribunaux de tous les pays doivent refuser d'apporter leur sanction à des contrats ayant un objet aussi véritablement immoral, quels que soient les pays où ils se sont formés et la nationalité des personnes qui y ont pris part.

§ 2. — *Des contrats relatifs aux jeux.*

172. Les conventions relatives aux jeux nous intéressent à un double point de vue : tout d'abord en ce qui touche les associations ayant pour but l'exploitation des maisons de jeu, ensuite relativement à l'exercice et à l'application de l'exception de jeu.

173. L'exploitation des maisons de jeu est interdite en France par la loi du 18 juillet 1836, et l'art. 410 du Code pénal sanctionne cette prohibition par un emprisonnement de deux à six mois et une amende de cinquante à six mille francs. Aussi est-il incontestable qu'en France on ne saurait admettre l'exploitation d'un de ces établissements par une société étrangère. Mais on discute la question de savoir si les tribunaux français doivent reconnaître, en France, l'existence d'une société fondée dans le but d'exploiter une maison de jeu à l'étranger. Le 12 mai 1847, le tribunal civil de la Seine admettait l'affirmative, se fondant sur ce que « si les jeux publics ont pu, par des con-» sidérations particulières à la France, être considérés » comme contraires à l'ordre public en France, ils n'ont » point été considérés comme tels dans tous les pays, et » qu'il n'importe nullement à l'ordre public français, que » la loi française a dû seule considérer, que les jeux soient » ou non établis en pays étrangers » ; le tribunal civil s'appuyait, en outre, sur ce que l'établissement des maisons de jeu n'est pas contraire aux mœurs d'une façon absolue, puisque les jeux sont autorisés et sanctionnés dans de nombreux pays étrangers. Ce jugement fut confirmé par la cour de Paris, dans son arrêt, par adoption de motifs du 22 février 1849. (*D. P.*, 49, 2, 105.)

Or la même année, et le 31 mars, la quatrième Chambre de la même Cour d'appel décidait « qu'une société consti-» tuée pour l'établissement d'une maison de jeu, nulle » aux termes des lois écrites de la France, l'est encore » au regard de la morale publique, et que cette nullité » doit recevoir son application en France, même aux » actes de société passés entre Français et étrangers » et aux maisons de jeux exploitées dans les pays

» où elles paraissent tolérées. » (*D. P.* 49, 2, 214.)

174. Nous trouvons, dans ces documents de jurisprudence, les arguments principaux qu'on a fait valoir dans l'un et l'autre sens. Pour l'affirmative, on soutient que l'exploitation des maisons de jeu n'est pas d'une immoralité absolue et que par suite on ne saurait, dans un pays où elles sont considérées comme illicites, prohiber ou regarder comme nulles des associations ayant pour but d'exercer ce genre d'industrie dans des contrées où il n'est point interdit. Pour la négative, qui nous paraît en tous points plus conforme aux principes, on répond qu'il importe peu que certains pays ne l'aient pas condamnée, qu'il suffit que la loi française la proscrive, comme contraire à l'ordre public et à la morale, pour qu'il soit de la dignité et du devoir du juge de repousser une action destinée à sanctionner une société dont la cause est entachée d'immoralité. Cette dernière opinion est d'ailleurs celle de la doctrine et nous y adhérons, en comptant les conventions relatives à l'exploitation des maisons de jeu au nombre de celles que l'ordre public national ne permet pas de reconnaître.

175. Occupons nous maintenant des applications de l'exception de jeu en droit international. Notre Code civil refuse toute action pour réclamer les gains faits au jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1965). Cette règle n'est que le corollaire de la précédente, si l'on considère le jeu comme immoral et qu'on en prohibe les moyens au nom de la sécurité générale, on ne peut sanctionner une dette née d'un contrat illicite en soi. Cependant, il convient de remarquer que certains jeux échappent à l'application de ce principe, ce sont ceux qui sont prévus par l'art. 1966, et qui par leur nature doivent être encouragés et favorisés

comme utiles à la nation; d'autre part, les marchés a terme, qui sont entrés dans les mœurs, ont été reconnus et sanctionnés par la loi du 8 avril 1885. Cette théorie exclusive de toute action en matière de jeu, hors les hypothèses exceptionnelles que nous venons d'indiquer, est peut être un souvenir du droit romain. Justinien, en effet, allait même jusqu'à accorder une action en répétition de ce qui avait été payé pour dette de jeu. Elle n'a point d'ailleurs été adoptée par toutes les législations ; c'est ainsi qu'en Angleterre on permet de réclamer en justice le montant d'un pari, tout en laissant au juge la faculté d'apprécier s'il est exagéré et, dans cette hypothèse, de repousser la demande.

176. Si nous supposons un pari modéré fait en Angleterre et une demande en paiement intentée devant les tribunaux français, à raison de ce même pari licite et sanctionné aux termes de la *lex loci contractus*, nous aurons à résoudre la question de savoir s'il convient de faire ici échec à notre principe en permettant d'opposer aux termes de la loi française l'exception de l'article 1965? Nous devons rechercher tout d'abord si, dans notre législation, le jeu donne naissance à une obligation natnrelle, ou si, ayant une cause illicite, il reste sans effets quant à la création d'un lien juridique. La jurisprudence ancienne et de nombreux auteurs, parmi lesquels nous devons citer MM. Aubry et Rau (T. IV, p. 574), s'attachent à cette idée caractéristique que les dettes de jeu acquittées ne donnent naissance dans notre droit à aucune action en répétition; ils concluent de là qu'il s'agit d'une obligatiou naturelle. Nous croyons préférable de prendre en considération l'intention même du législateur plutôt que de rechercher le caractère du principe, d'après les applications qu'on en

a pu faire. Or, il n'est pas douteux que le législateur n'ait pas accordé d'action en cette matière parce qu'il considère le jeu comme un danger pour la société et un élément de démoralisation qui doit être proscrit par tous les moyens. L'obligation qui naît du jeu ne peut donc être considérée comme une obligation naturelle, puisque la loi morale même la condamne aux termes de notre législation.

D'ailleurs, si l'on veut s'attacher seulement aux conséquences, on verra qu'elles ne peuvent rien nous apprendre, car s'il est vrai qu'on ne puisse exercer la *condictio indebiti* pour le paiement d'une dette de jeu, il n'en est pas moins certain qu'on ne saurait nover, confirmer ou ratifier une dette de cette nature, ce qui la différencie absolument des obligations naturelles.

Or, il importait de bien établir ce caractère, qui doit, à lui seul, entraîner la solution de la question. Si l'obligation née du jeu est une obligation naturelle, d'après la loi française, rien ne viendra s'opposer à ce que nous appliquions la *lex loci contractus*. Si, au contraire, il s'agit d'une obligation entachée d'immoralité dans sa cause, l'ordre public s'opposera à ce qu'une action soit accordée. C'est ce dernier système que nous conduisent à adopter les raisons déjà données.

177. Il a, d'ailleurs, fini par obtenir les préférences de la jurisprudence, qui décide aujourd'hui que le législateur a considéré ces dettes comme devant être classées parmi celles qui ont une cause honteuse. (Aix, 5 juin 1868, D. P., 68, 2, 168-169.)

Ces règles doivent aussi être appliquées aux loteries qui sont prohibées en principe, et sauf l'hypothèse exceptionnelle d'une autorisation gouvernementale. La juris-

prudence est conforme sur ce point. (Paris, 25 juin 1829; Sir., 29, 2, 34.)

§ 3. — *Des conventions relatives au taux de l'intérêt.*

178. Le prêt à intérêt est un contrat aujourd'hui universellement admis; mais les législations varient sur la question de savoir si le taux de l'intérêt doit être ou non limité, et dans quelle mesure.

On conçoit parfaitement, en cette matière, la possibilité d'un conflit; lorsqu'un prêt a été fait dans un pays où l'intérêt est illimité, et qu'il y a lieu de faire exécuter ce contrat dans un autre où le taux est inférieur à celui qui a été stipulé, le juge pourra-t-il sanctionner une demande conforme à la *lex loci contractus* et non à la *lex fori?*

179. La solution à donner à cette question devra varier évidemment suivant que l'on décidera que la limitation du taux de l'intérêt est ou non une disposition d'ordre public.

Il est certain que la prohibition absolue du prêt à intérêt, telle qu'elle résultait de certaines ordonnances royales, pouvait être considérée comme une disposition d'ordre public. Elle était alors fondée sur ce qu'on attachait à ce contrat un caractère d'immoralité de nature à le faire prescrire. La religion le défendait et l'on considérait, par suite, qu'il ne devait pas être autorisé. Une règle de cette nature était susceptible d'entraîner un refus absolu de sanction à tout contrat de prêt, en quelque pays qu'il eût été passé et sous l'empire de quelque loi que ce fût.

180. Aujourd'hui, la législation s'est modifiée, le prêt à intérêt est entré dans les mœurs et a été admis dans nos

lois. Une loi du 3 septembre 1807 est seulement venue en limiter le taux, décidant qu'en matière civile il ne pourrait dépasser 5 0[0 et 6 0[0 en matière commerciale. Cette loi, condamnée par les économistes, a reçu des dérogations nombreuses, nécessitées par la fausseté même du principe qu'elle consacrait. Une ordonnance du 7 décembre 1835 a donné toute liberté en cette matière pour les contrats faits en Algérie ; mais une réaction se produisit, un arrêté du pouvoir exécutif du 4 novembre 1848 réforma l'ordonnance de 1835, et limita à 10 0[0 le taux de l'intérêt en Algérie. En France la loi de 1807 n'a point donné des résultats satisfaisants ; en matière commerciale notamment, on a dû chercher à l'éluder de toutes manières et on y est parvenu par des procédés détournés. Avec les droits d'escompte, de commission, de courtage, on en était arrivé à élever le taux de l'intérêt d'une façon notable, et ces pratiques, antilégales en somme, étaient sanctionnées par la jurisprudence, parce qu'elles s'imposaient. Aussi la loi du 12 janvier 1886, qui a établi la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, n'a-t-elle fait que réglementer des usages établis.

181. En présence de ces variations de la législation, il est à peu près impossible de soutenir que la limitation du taux de l'intérêt puisse être considérée comme une règle d'ordre public, qui soit par suite de nature à faire échec à l'application d'une loi étrangère. Elle est fondée sur un intérêt économique assez mal compris ; la loi du 3 septembre 1807, qui est maintenue en matière civile, n'a fait qu'établir une taxe du loyer des capitaux, car le prêt à intérêt n'est, à proprement parler, qu'un louage d'une nature spéciale, dont l'objet est une somme d'argent et le prix l'intérêt. Nous prenons, bien entendu, le mot

louage dans son sens vulgaire et non dans le sens juridique. D'ou l'on peut conclure qu'une convention, formée à l'étranger, emportant des intérêts d'un taux supérieur à celui de la loi de 1807, ne porte nullement atteinte à l'ordre public français. Personne ne peut donc soutenir que l'on ne puisse réclamer devant les tribunaux français un intérêt supérieur à l'intérêt légal même en matière civile. Il est en effet certain que cela est possible, si l'on se place dans l'hypothèse d'un prêt fait en Algérie ; et même si, dans ce cas, l'intérêt n'avait pas été convenu par les parties, les juges ne devraient pas hésiter à le fixer à 10 0/0 par voie d'interprétation et suivant les règles de la *lex loci contractus*, qui est ici l'arrêté du 4 novembre 1848.

182. La même raison conduira à appliquer à un prêt à intérêt la loi étrangère, sous l'empire de laquelle il s'est formé. L'ordre public national, en effet, ne saurait s'opposer à ce qu'on reconnaisse, comme valable en France, une stipulation pour un taux supérieur à celui de la loi de 1807, l'intérêt économique du pays, qui est ici complètement désintéressé, ne saurait aller jusqu'à prohiber une telle solution.

183. Ce système est celui de la jurisprudence; parmi les nombreux documents qu'elle nous offre, nous pouvons citer quelques arrêts intéressants. L'un, du 22 août 1865, de la Cour de Bordeaux, décide que la convention par laquelle des Français, résidant en pays étranger, admettent entre eux un taux d'intérêt autorisé par la loi ou la coutume de ce pays, et supérieur au taux légal de France, est légitime et doit recevoir son exécution en France, et cela même s'il s'agit d'interpréter une convention tacite. Le même arrêt déclare, toutefois, qu'à partir de la demande

en justice, les intérêts retomberont au taux légal (D. P. 1866, 2, 223). Ce dernier point nous semble inadmissible, et nous ne voyons pas comment l'introduction d'une action en justice peut ainsi modifier les effets légitimes d'une convention valable. Au surplus, ne saurait-on soutenir que la demande puisse entraîner cet effet, par suite d'une novation judiciaire.

Un arrêt de la Cour de Bastia, du 19 mars 1866 (D. P.. 66, 2, 22), est absolument conforme à notre théorie, non seulement en ce qui touche le premier point, bien jugé par la Cour de Bordeaux, mais encore en ce qui touche les intérêts dus depuis la demande en justice. En effet, dit la Cour de Bastia : « Si la stipulation au taux de » 18 0/0 n'a rien d'illégal dans l'espèce (elle s'était pro- » duite à Saint-Joseph de Cucuta, en Nouvelle-Grenade), » c'est sans fondement que Croce propose de distinguer « entre les intérêts échus avant la demande, et ceux qui » sont échus après, car la convention, dès l'instant qu'elle » est maintenue, doit subsister jusqu'au paiement. »

Un arrêt de Chambéry, du 12 février 1869 (D P., 71, 2, 118), qui résout aussi d'importantes difficultés en matière de prescription dans les rapports internationaux, confirme encore le système que nous venons de développer relativement au taux de l'intérêt.

Enfin, dans une ordre d'idées très voisin, la Cour de cassation (21 décembre 1874. Sir., 75, 1, 78), a décidé que des Français, formant en France une convention productive d'interêts, pouvaient, valablement, élever le taux de ces intérêts au-dessus du maximum légal, moyennant que cette convention dût s'exécuter à l'étranger. Cette solution est également conforme aux vrais principes.

CHAPITRE IX

DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DANS NOTRE CODE CIVIL FRANÇAIS ET EN LÉGISLATION COMPARÉE.

184. Le Code civil a consacré le principe de l'autonomie dans la généralité de son application. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'art. 1134 : « Les conventions légale-» ment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont » faites », et de rapprocher de cette formule les expressions de Favard, dans son rapport au Tribunat :

« Déjà le Tribunal de cassation avait consacré ce prin-» cipe : quelques jurisconsultes trop rigoristes improu-» vaient sa jurisprudence ; ils n'étaient frappés que de la » violation faite à la volonté générale, qui est la loi ; ils ne » voulaient pas voir que le contrat légalement formé était » une émanation de la loi même, et non moins sacrée » qu'elle.

» Mais, il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; » il sera désormais fondé sur la loi positive et garante de » l'autorité des contrats, garante par conséquent des for-» tunes des particuliers ; et, ce qui est plus précieux encore, » garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution » des conventions. Ainsi, toutes les fois qu'une convention » aura été légalement formée et dont les causes seront » avouées par la loi, cette convention sera elle-même une » loi, et le jugement qui la violera sera soumis à la cen-» sure du tribunal chargé par la constitution de les con-» server toutes, et de les garantir de l'entreprise de » l'arbitraire. » (Favard, *Rapport au tribunat*, séance du XIII pluviôse, an XII.)

185. Le sens de l'art. 1134 nous apparaît immédiatement : en matière de conventions, les parties sont leurs propres législateurs. Mais, dans la formule même de notre texte nous apercevons une trace d'une limitation apportée au pouvoir de la volonté : « les conventions *légalement formées* », nous dit-il. Pour qu'une convention acquière cette autorité qui en fait une loi, il faut qu'elle soit légalement formée. Qu'est-ce à dire ? Il y a là une allusion évidente à l'art. 6 qui refuse force obligatoire à toute convention dérogeant « aux lois qui intéressent l'ordre public » et les bonnes mœurs. »

186. Si l'on ne s'attache qu'à l'esprit ordinaire de notre Code civil, on reconnaîtra que ce texte n'a été fait que pour régler les rapports juridiques qui se forment sous l'empire du droit interne. Notre Code en effet, monument législatif peut-être trop souvent critiqué, semble n'avoir été fait que pour la France et pour les Français, et c'est là un des reproches les plus graves qu'on puisse lui adresser. Cependant, il serait peut-être mal à propos de renouveler ce reproche relativement à l'art. 1134, l'un des rares textes du Code civil, qui puisse, par voie d'extension, s'appliquer en droit international.

S'il est vrai qu'il n'ait point été écrit en vue de régler des conflits, que notre législateur semble en général peu porté à reconnaître, il n'en est pas moins certain qu'il consacre, dans toute sa généralité d'application, un principe qui est de droit international, comme de droit interne. Nous sommes donc autorisés à invoquer ce texte devant les tribunaux français, pour valider les actes juridiques, volontairement formés sous l'empire d'une loi étrangère.

187 L'art. 1134 est de plus, susceptible de s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une volonté tacite, aussi bien que lorsque

la volonté des parties a été exprimée. Dans l'un ou l'autre cas, elle fait loi pourvu qu'elle soit connue. C'est la solution qui découle naturellement du texte et il n'est pas besoin de l'aller chercher ailleurs dans notre Code civil. On l'a voulu cependant, et on a cherché dans les art. 1156 et 1159 des règles se rattachant à notre matière.

188. Le premier de ces textes nous dit que, dans une convention, il faut s'attacher plutôt à l'intention des parties qu'aux expressions dont elles se sont servies.

Nous avons peine à voir là une règle de droit international. Il n'est pas douteux qu'il ne s'agisse d'une interprétation de volonté ; mais on ne peut guère dire qu'il soit relatif à la détermination d'une loi applicable à la convention. Il est absolument en conformité de principes avec l'art. 1134, mais il rentre évidemment dans un ordre d'idées différent de celui où nous devons nous placer, et il n'est fait que pour les relations internes.

189. Cela apparaît d'une façon moins évidente pour l'art. 1159 aux termes duquel « ce qui est ambigu s'interprète par » ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.» Merlin, (*Repert.*, v° Loi, t. VI, § 2) a soutenu que ce texte consacrait l'application de la *lex loci contractus.* Il y a là, en effet, un rapprochement établi entre une convention et le pays où elle s'est accomplie. Mais ce rapprochement ne se produit que dans le but d'interpréter une clause ambiguë, et non dans le but de déterminer une volonté non exprimée au point de vue de la loi applicable. L'article 1159 a trait aux usages locaux et il ne fait pas assez positivement allusion aux lois étrangères. Il ne faut pas en effet établir de confusion entre notre théorie et celle de l'interprétation des contrats ; cette dernière n'est possible que dans trois cas, dans lesquels

ne rentre pas celui du conflit des lois. Ces cas sont les suivants :

1° Si les expressions employées par les parties sont ambiguës ;

2° Si les termes employés, bien que clairs, ont un sens inconciliable avec l'intention évidente des parties ;

3° Si le rapprochement de différentes clauses doit altérer le sens qu'elles paraissent avoir.

On le voit, l'interprétation ne s'applique qu'à l'intention exprimée, mais imparfaitement, et non à la volonté tacite qu'on doit chercher à reconnaître par voie de présomption, et par suite l'art. 1159, pas plus que l'art 1156, n'a trait à notre matière.

190. En résumé, si nous ne trouvons pas dans notre Code civil de règle consacrant immédiatement la théorie de l'autonomie au droit international, nous ne rencontrons pas non plus de principe contradictoire, qui ne permette pas de l'appliquer ; car, c'est le droit naturel et philosophique qui doit combler les lacunes du droit positif.

191. Une objection est cependant possible et nous devons la prévoir. S'il est vrai que le Code civil ait, dans son article 3, consacré la théorie des statuts, au moins dans ses traits essentiels, n'en résulterait-il pas que, suivant la règle de notre ancien droit, les principes qui régissent les conventions, rentrent dans le statut personnel ? Par suite, le Code n'écarte-t-il pas ainsi implicitement toute la théorie de l'autonomie, telle que nous l'avons entendue ?

Nous ne pouvons, dans une étude de la nature de celle à laquelle nous nous sommes astreints, résoudre la question de savoir si le Code civil a consacré ou non la théorie des statuts. C'est là un problème vivement controversé et

dont la solution d'ailleurs ne nous est point nécessaire. Supposons, en effet, sans discussion, que l'article 3 comporte l'introduction dans nos lois, des règles de notre ancienne jurisprudence. Nous devrons dire que s'il convient d'étendre les termes de ce texte un peu au delà de son sens littéral, on ne peut faire cette extention qu'autant qu'elle se trouvera conforme à la logique et qu'elle ne violera pas les règles fondamentales du droit naturel. C'est ce qui se produirait si nous faisions entrer dans le statut personnel la matière des conventions, quand l'article 3 ne nous parle que de l'état et de la capacité des personnes. S'il est vrai que nos anciens jurisconsultes aient commis cette erreur, ce que nous avons déjà démontré dans nos considérations historiques, ce n'est point une raison pour l'attribuer gratuitement aux rédacteurs du Code civil, dans lequel rien ne vient autoriser cette interprétation. Nous ne pouvons donc que nous confirmer dans cette idée que le Code civil nous laisse pleine et entière liberté pour l'application de nos principes.

192. Cette liberté, la jurisprudence en a usé en consacrant notre théorie dans la plupart de ses applications.

Nous devons citer, à titre d'exemple, quelques-unes des décisions les plus remarquables rendues par les tribunaux français en notre matière. Toutes se basent sur des questions d'appréciation de volonté tacite.

Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé, le 30 janvier 1854 (*D. P.*, 54, 1, 61), que des époux anglais et mariés en Angleterre, sans contrat de mariage, sont sous le régime matrimonial des lois anglaises, parce qu'ils sont censés s'y être soumis implicitement. La femme, en Angleterre, n'est point commune en bien avec son mari ; les immeubles acquis par celui-ci, durant le mariage, re-

viennent au survivant des deux époux. (Blackstone, Lois anglaises, t. 2, p. 215.) Or il s'agissait de savoir, à propos du paiement de droit de mutation, si la femme avait été copropriétaire d'immeubles acquis en France conjointement par les deux époux. Par application de la loi anglaise, la Cour de cassation décida que non. On remarquera, dans cette hypothèse, l'intervention de notre tribunal suprême, à propos d'une loi étrangère. Nous regrettons, toutefois, de voir cette décision faire rentrer le contrat de mariage dans le statut personnel. C'est une erreur qui se rencontre dans beaucoup d'autres documents de jurisprudence.

Cet arrêt, d'ailleurs, n'est point isolé, nous pouvons encore citer en ce sens : (Aix, 27 novembre 1854. *D. P.* 57, 2, 43). Deux étrangers mariés sans contrat seront soumis à la communauté légale française, s'il apparaît que leur intention ait été de l'adopter. Il en sera de même si un étranger, domicilié en fait en France, depuis fort longtemps, vient à épouser une Française sans faire de contrat. (Paris, 3 août 1849. *D. P.*, 49, 2, 182. Paris, 15 décembre 1853. *D. P.*, 55, 2, 192.) Dans le même ordre d'idées la Cour de cassation a encore décidé que « le choix » du régime, auquel doivent être soumis les intérêts civils » des époux, dépend de leur volonté..... » (Cass. 11 juillet 1855. *D. P.*, 56, 1, 9.) Dans l'espèce, les parties avaient rédigé un *instrumentum dotale* postérieurement à la célébration du mariage ; la Cour de cassation a validé ce contrat par application du droit romain alors en vigueur en Toscane, où se trouvait le domicile matrimonial.

193. Si nous rencontrons de fréquentes applications de notre théorie, en matière de régime des biens entre époux, elle ne laisse pas non plus de trouver sa place, dans des

hypothèses différentes. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 février 1864 (D. P., 64, 1, 166), a mis en œuvre la *lex loci contractus* dans une hypothèse particulièrement intéressante et assez délicate, car elle avait entraîné un partage entre les membres de la Cour. Un chirurgien de marine français avait pris, à Hong-Kong, passage sur un bateau à vapeur anglais, qui devait le transporter lui et ses bagages à Marseille. Le bulletin délivré portait que la Compagnie entendait se soustraire à toute responsabilité pour la perte des bagages non assurés, clause reconnue valable par la loi anglaise.

Dans le cours du voyage se produisit un naufrage, dû à une faute du capitaine. Le passager, qui avait perdu ses bagages, intenta devant le tribunal de commerce de Marseille, une action en dommages-intérêts à raison du préjudice causé, la Compagnie objecta qu'elle n'était pas responsable, le contrat s'étant formé sous l'empire de la loi anglaise; à quoi le demandeur répondit que la loi applicable était celle de sa destination, lieu où le contrat se trouvait exécuté en réalité. C'était l'application de la *lex loci solutionis*.

Ce système fut consacré par le tribunal dans un jugement du 16 mars 1860, confirmé par adoption de motifs par la Cour d'Aix, le 30 janvier 1861. Pourvoi de la Compagnie, sur lequel la Cour de cassation décide que la convention devait être soumise à la loi anglaise, loi du lieu où le contrat s'est formé par présomption de la volonté tacite des parties et par application de l'art 1134.

194. Un arrêt récent de la Cour d'Aix (7 février 1882. Sir., 83, 2, 110) a fait une application de volonté présumée qui semble, au premier abord, faire échec à notre théorie des présomptions.

Un italien, depuis longtemps domicilié en France, se marie à Marseille, sans contrat de mariage, la question de savoir sous quel régime pécuniaire il se trouve placé vient à se poser. La Cour a résolu cette difficulté en appliquant la loi nationale par préférence à la loi du domicile. Mais il n'y a point là un argument qui puisse être invoqué contre notre théorie, et l'on s'aperçoit bien vite, à la lecture du passage ci-dessous, que la Cour, recherchant l'intention tacite des parties, s'est inspirée de circonstances de nature à faire adopter la loi nationale du mari.

« Mais attendu, lisons-nous dans cet arrêt, que le » domicile le plus certain et le plus prolongé d'un étran- » ger en France, mais isolé de tout autre fait, ne serait » pas à lui seul une preuve suffisante de cette intention » bizarre, de garder sa nationalité et de répudier en même » temps la loi de son pays, qu'il en est à plus forte raison » ainsi, lorsque l'étranger est un jeune ouvrier de vingt- » trois ans, vivant de son travail dans une chambre gar- » nie, condamné par l'humilité de sa condition à une vie » nomade, et lorsque, d'ailleurs, l'indication d'un domi- » cile à Marseille peut s'expliquer pour lui par cette cir- » constance, qu'une résidence de six mois lui était néces- » saire pour que son mariage fût célébré. »

La Cour établit ainsi qu'elle n'applique pas la loi du domicile, parce que la partie en cause n'avait pas de domicile réel en France. Elle a considéré, avec raison, que l'existence d'un domicile matrimonial, acquis par une résidence de six mois, ne constituait pas un élément suffisant de présomption de volonté et, par suite, elle a appliqué la loi nationale du mari, en dehors de toute autre indication.

Telle est cette jurisprudence qui consacre complètement, ainsi qu'on a pu en juger, les applications du principe de

l'autonomie. C'est incontestablement une des matières où les tribunaux français ont montré la plus parfaite communion de sentiments avec les jurisconsultes internationalistes, et nous devons nous féliciter de voir s'établir, sur un point aussi important, un accord qui fait défaut sur tant d'autres.

195. Nous ne saurions cependant nous abstenir d'une critique, qui pourra paraître bien secondaire, puisqu'elle n'a trait qu'à la terminologie, mais qui, dans l'espèce, acquiert suivant nous une importance spéciale. La jurisprudence a évidemment songé, sans le dire toutefois, au statut d'autonomie, et pourtant nous la voyons rattacher continuellement ses solutions, en notre matière, au statut personnel ; nous rencontrons sans cesse dans les arrêts l'application aux conventions de ce que les juges appellent la loi personnelle. Or, il faut y prendre garde, c'est là une expression inexacte, que tous les auteurs n'ont pas su éviter d'ailleurs, mais qui prête à une équivoque dangereuse. Nous l'avons critiquée dans Dumoulin, avec plus d'énergie que nous ne voulons le faire ici, car alors l'expression avait un intérêt capital ; mais nous ne pouvons nous empêcher, bien que le danger soit moindre actuellement, de relever ce terme appliqué mal à propos, parce qu'il est de nature à fausser la notion exacte de la théorie de l'autonomie. Trop souvent, l'expérience l'a démontré, un mauvais emploi des mots peut modifier avec le temps le sens primitif des idées les plus logiques.

196. Nous en avons fini avec la législation française, et nous allons maintenant consacrer quelques pages aux lois étrangères.

De même que dans notre Code civil les dispositions relatives au droit international privé, constituent l'exception

dans les lois écrites des différents pays. Cependant nous trouvons quelques règles positives.

197. Nous devons citer en premier lieu le Code civil italien. Son article 9, alinéa 3, résume notre théorie : « La » substance et les effets d'autres obligations sont censés » réglés par la loi du lieu où les actes sont passés, et, si » les étrangers contractants appartiennent à une même » nation, ils sont censés réglés par leur loi nationale. Dans » tous les cas, s'il résultait de l'acte une volonté différente des parties, cette volonté serait observée. »

La première partie du texte est relative aux testaments et aux donations qui sont régis d'après les lois des testateurs et donateurs. C'est ce qui explique cette expression du fragment que nous venons de citer « les autres obligations », il s'agit ici des obligations nées des conventions, les travaux préparatoires en font foi d'ailleurs.

Cette observation faite, nous devons constater que ce texte consacre notre théorie dans toutes ses applications. Mais il la considère à un point de vue essentiellement pratique et pose, en règle générale, l'hypothèse où les parties n'ont pas désigné la loi applicable, mais il laisse évidemment celles-ci libres de choisir la loi qui leur convient.

La législation italienne est d'ailleurs de beaucoup la plus avancée en droit international, elle présente des tendances progressistes bien accentuées.

198. Le droit autrichien admet à peu près les mêmes principes ; aux termes du Code autrichien, § 36 : « La » convention synallagmatique passée dans cet État, entre » un étranger et un citoyen, sera jugée sans exception » d'après les dispositions du présent Code. Lorsque les » deux contractants seront étrangers, la convention synal» lagmatique ne sera jugée d'après le présent Code qu'au-

» tant qu'il ne sera pas prouvé que les parties avaient » entendu s'en rapporter à une autre loi. »

§ 37. « Les conventions passées en pays étrangers, soit » entre étrangers, soit entre étrangers et citoyens de cet » État, seront jugées d'après la loi du contrat, à moins » qu'il ne soit manifeste qu'une autre législation a servi » de base à ce contrat. »

Ainsi qu'on peut s'en apercevoir, la théorie de l'autonomie reçoit, dans la première partie du § 36, une restriction importante au profit des citoyens autrichiens ; c'est une regrettable concession à l'exclusivisme national. Les autres règles sont d'ailleurs conformes au système que nous avons développé.

199. Nous n'en saurions dire autant des lois allemandes; bien que l'autonomie n'y soit pas méconnue, il y règne une certaine confusion en ce qui touche la distinction entre la forme et la substance des actes juridiques. Au reste, à part ce qui est relatif à la lettre de change, et certaines dispositions du Code général prussien (I, 5, §§ 256-257) donnant la préférence à la *lex loci solutionis*, on ne trouve presque pas de règles de droit positif. C'est à la doctrine qu'est revenue la tâche d'établir des principes. Trois systèmes sont en présence : l'un préconise la loi du lieu d'exécution, lorsqu'il a été désigné par les parties; l'autre, qui semble gagner du terrain, s'attache de préférence à celle du domicile du débiteur; ces systèmes se sont évidemment inspirés de celui de Savigny, que nous avons exposé au chapitre V de cette étude. Enfin, un troisième système, plus nouveau, qui est dû à M. de Bar, et qui nous paraît se rapprocher davantage des vrais principes, consiste à rechercher quelle est la loi que les parties ont connue et, à défaut de tout indice, à s'en rapporter

à celle du domicile du débiteur. Nous ne pouvons pas cependant approuver cette dernière solution. Le Code saxon (§ 11) consacre la doctrine de Savigny ; le Code badois (art. 3) décide que la validité des actes passés dans le pays de Bade est jugée par les lois badoises ; enfin, les lois danoises consacrent également la *lex loci contractus*.

Le tribunal supérieur de l'empire a fait, de ces théories, un certain nombre d'applications intéressantes. (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 33 et s., et 132 et s.) C'est ainsi qu'il établit, en principe, que des rapports entre commettants et commissionnaires doivent être jugés d'après la loi du lieu où s'est formé le contrat de commission ; que c'est la loi du lieu d'exécution qui est applicable à la question de savoir si une créance doit être ou non privilégiée ; que la libre soumission des contractants à un droit local déterminé pour une obligation suppose qu'elle sera exécutée, et l'on ne peut admettre que cette obligation soit gouvernée par des règles de droit qui affranchiraient le débiteur totalement ou partiellement de cette exécution ; que les usages commerciaux du lieu où le contrat a été conclu doivent servir à son interprétation, mais qu'il en serait autrement si la livraison doit être opérée à l'étranger.

200. En Angleterre et aux États-Unis, on est généralement d'accord pour appliquer la loi du lieu du contrat. La jurisprudence détermine du mieux possible le véritable siège de la convention ; nous trouvons, sur ce point, un arrêt d'une Cour anglaise (*Journal du Droit international privé*, 1880, p. 597), qui décide qu'un contrat par correspondance se forme au moment où la lettre d'acceptation est mise à la poste (1er juillet 1879).

Le principe est dans l'application de la loi du lieu où le contrat s'est formé, et l'on a vu un juge anglais appliquer cette règle en présence de l'affirmation d'un étranger qu'il ignorait les dispositions de la loi anglaise, et de l'offre qu'il faisait de le démontrer. La doctrine a réagi contre cette théorie étroite et cherché à faire admettre, pour les parties, la faculté d'adopter, par voie de convention expresse, une loi à leur convenance.

C'est surtout en matière d'ordre public que les Anglo-Américains se montrent exclusifs. L'Angleterre refuse tous droits aux étrangers avec le pays duquel elle se trouve en guerre : de telle sorte que, si un contrat s'est formé dans ces conditions, le droit d'action est suspendu.

Une décision émanant d'un tribunal du Texas décide qu'une convention conclue dans ce pays en 1864, ayant pour objet l'exportation de coton à Mexico, est illicite par suite de l'impossibilité existant à cette époque, à raison de la guerre, de recouvrer les droits de douane, perceptibles à cette occasion. (*Journal du Droit international privé*, 1874, p. 267.)

201. Les lois argentines (articles 1205 à 1216) décident que les contrats sont régis, quant à leurs formes, par la loi du lieu où ils auront été célébrés et, quant à leurs effets, par la loi du lieu où ils devront être exécutés. Dans cette législation, la loi du domicile a une influence dominante ; la loi nationale n'est appliquée qu'à ce qui a trait au droit politique ou public.

202. La loi espagnole décide que les contrats passés à l'étranger seront valables en Espagne, sous la condition de réciprocité; la jurisprudence applique d'ailleurs ce principe en le conciliant, autant que possible, avec les règles du droit international.

203. Le digeste russe décide que les conventions qui doivent avoir effet dans l'empire seront régies d'une façon absolue par la loi territoriale.

204. On peut voir, par l'énumération rapide qui précède, combien sont rares, dans les législations positives, les dispositions relatives au droit international; nous ne doutons pas que le temps n'en accroisse le nombre. La théorie que nous avons développée au cours de cette étude, et qui constitue l'une des applications les plus importantes de la volonté individuelle, est aussi l'une de celles que la pratique a le plus complètement consacrées dans toutes les législations.

Cette constatation ne laisse pas d'avoir un intérêt capital, car le droit international n'est susceptible de porter des fruits immédiats que si la jurisprudence, guidée par la doctrine, adopte d'une façon immuable les systèmes logiques créés par le raisonnement.

205. L'œuvre législative, en notre matière, ne peut en effet qu'être excessivement lente : une codification unique et uniforme du droit international semble à peu près impossible actuellement; le but à atteindre est de généraliser les principes et de les faire entrer dans chaque législation positive. L'action de la doctrine et de la jurisprudence s'exerce en ce sens, et c'est seulement sous leur influence que ce résultat pourra se produire. La matière des conventions est l'une de celles où il est à peu près atteint.

APPENDICE

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

HISTORIQUE — SOURCES

Originum ac Germanicarum antiquitatum libri, leges videlicet salicæ, Allemannorum, Saxonum..... Basili Johannis-Hérold. — Collection des lois barbares. Édition du mois de septembre 1557.

Bartole.— **Super codicem**, de summa Trinitate, n° 13, 16 et 18. Fol. 5.

Bourgoigne.— **Ad consuetudines Flandriæ** (Anvers 1621). Tractatus, I, n° 24. (Opera p. 29.)

De Coloma. — **Arrêts du grand Conseil de Malines.** (Tome II, p. 80; tome I, page 269-278.)

D'Argentré.— **Commentarii in patrias Britonum leges.** (Paris, 1608). (Art. 218, glossa 6, p. 658.)

Du Moulin. (Opera, tome III.) — **Comment. in codicem.** Livre I, titre I. Conclusiones de statutis.

Guy Coquille.— **Commentaire sur la coutume du Nivernais.** T. des droits appartenant à gens mariez, art. 27, p. 277.

Basnage. — **Commentaire sur la coutume de la Normandie.** Sur l'art. 320 (Opera, t. I, p. 584), et sur l'art. 389 (Op., t. II, p. 72-73).

Bouhier. — **Observations sur les coutumes du Duché de Bourgogne**, chap. 23, n° 28 (Op. t. I, p. 659) et n^{os} 69-74 (*ibid.*, p. 663-664).

Boullenois — **Traité de la réalité et de la personnalité des lois** (Édit. 1766). Tome I, princ. 41 et 44, tome II, observat. 46.

Bacquet. — **Traité des diverses questions décidées par les arrêts.** (Œuvres, tome I, chap. XI, p. 580.)

Bacquet. — **Traité des droits de justice.** (Œuvres, t. I, chap. XXI, n° 66 et s. (Édit. 1744, Lyon.)

Pocquet de Livonnière. — **Règles du Droit français.** Livre IV, chapitre I, règles III et IV. (Paris, 1768.)

Jean Voet.— **Commentarii ad Pandectas.** Livre XXXII, titre II, n° 85.

DROIT MODERNE

AUTEURS FRANÇAIS, BELGES ET HOLLANDAIS.

FOELIX. — **Traité du droit international privé.** Édition revue par DEMANGEAT. (Paris, 1856.) Livre II, titre I, chapitre II.

DESPAGNET. — **Précis de droit international privé.** (Paris, 1886.) Livre III, chapitre I.

LAURENT. — **Droit civil international.** Tome VII, livre V, chapitre I; tome II, p. 378, art. 2 ; tome V, nos 198-227.

MASSÉ. — **Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil (1844-1874).** Tome I, p. 477, § 579 et p. 463, n° 564 (2e édit.)

ASSER. — **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois.** (Traduction Rivier. Paris, 1884.) Chapitre I, section III, p. 69.

A. WEISS. — **Traité élémentaire du droit international privé.** (Paris, 1886.) Livre III, chapitre III, titre II.

AUBRY et RAU. — **Cours de droit civil français.** (Paris, 1869.) Tome I, § 31, n° 4.

DEMOLOMBE. — **Cours de Code civil.** Titre préliminaire. Chapitre III.

AUTEURS ALLEMANDS ET SUISSES.

DE SAVIGNY. — **System des heutigen rœmischen Rechts.** Tome VIII, §§ 369 à 372 incl.

DE SAVIGNY. — **Le droit des obligations.** Traduction GÉRARDIN et JOZON. (Paris 1873.) Tome I, chapitre II, § 52, § 63, I.

BAR. — **Das international Privat und Strafrecht.** (Hanovre 1862.) §§ 66-88.

WACHTER. — **Archiv fur civilitische Praxis.** Tome XXV, p. 43-45.

BROCHER. — **Théorie du droit international privé,** chapitre V. De la volonté.

AUTEURS ANGLAIS ET AMÉRICAINS.

WESTLAKE. — **A treatise on private internationale law** (1880). P., 532, Interprétation of contracts, §§ 200-227.

WHARTON. — **A treatise of the conflict of Laws or private internationale law.** (Philadelphie, 1884.) 394-546.

STORY. — **Commentaires sur les « Éléments du droit international et sur l'histoire du progrès du droit des gens »,** de HENRY WEATHON (1868-1880).

AUTEURS ITALIENS.

Fiore. — Diritto internazionale privatto. (Florence 1869.) 236-313.

Rocco. — Dell' uso e autorita delle leggi del Regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone et col territorio degli stranieri. (Naples, 1827-1842.) III, 7.

Esperson.— Il principio di nazionalita applicato alle relazioni civili internazionali. (1868.) Page 139.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

PREMIÈRE PARTIE. — Théorie de l'autonomie..... 1

CHAPITRE I. Introduction et délimitation du sujet..... 1

CHAPITRE II. Historique..... 12

CHAPITRE III. Des effets de la volonté exprimée des parties et du principe de l'autonomie..... 41

CHAPITRE IV. De la loi applicable aux conventions dans l'hypothèse où les parties n'ont exprimé aucune volonté à ce sujet. 55

CHAPITRE V. Systèmes dissidents..... 68

CHAPITRE VI. De la détermination de la *lex loci contractus* ; des conventions formées entre absents..... 80

§ 1. De la détermination de la *lex loci contractus* dans le cas où une convention s'est formée par l'intermédiaire d'un mandataire..... 82

§ 2. De la détermination de la loi applicable aux conventions formées par correspondance..... 90

§ 3. De quelques difficultés spéciales relatives à l'application de la *lex loci contractus*..... 98

DEUXIÈME PARTIE. — Applications de la théorie de l'autonomie. 101

CHAPITRE VII. Des applications de la théorie de l'autonomie aux éléments substantiels des conventions et aux effets qu'elles sont susceptibles de produire..... 101

Pages.

CHAPITRE VIII. Des exceptions qui doivent être apportées aux effets de la volonté en matière de conventions..... 122

§ 1. Du contrat de contrebande..... 127

§ 2. Des contrats relatifs aux jeux..... 129

§ 3. Des conventions relatives au taux de l'intérêt..... 134

CHAPITRE IX. De la théorie de l'autonomie dans notre Code civil français et en législation comparée..... 138

Appendice. Références bibliographiques..... 152

622. — Poitiers, Imprimerie Générale de l'Ouest (BLAIS, ROY et Cie), 7, rue Victor-Hugo et rue des Hautes-Treilles, 13

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I.— Les édiles plébéiens n'ont pas exercé le *jus edicendi*.

II. — Les servitudes sont des causes d'éviction de l'immeuble vendu, et non des vices donnant naissance aux actions édilitiennes.

III. — L'action *empti*, exercée pour cause d'éviction, donne droit à la valeur de la chose au moment de l'éviction et non au remboursement intégral du prix.

IV. — L'obligation du vendeur de ne pas commettre de dol comporte celle de transférer la propriété de la chose vendue.

V. — Tous les pactes, dérogeant à la garantie des vices cachés dans la vente, sont licites pourvu qu'ils aient été faits de bonne foi.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Dumoulin n'a pas découvert la véritable théorie en ce qui touche la loi applicable aux conventions.

DROIT CIVIL

I. — L'erreur sur la personne physique est une cause d'inexistence du mariage.

II. — L'article 230 du Code civil, modifié par la loi du 27 juillet 1884, a un effet rétroactif.

III. — La deuxième cause de rescision de l'acceptation

des successions prévues par l'article 783 est fondée sur l'erreur et non sur la lésion.

IV. — Le contrat par correspondance est parfait lorsque l'acceptation est devenue irrévocable, et même avant qu'elle soit connue du pollicitant.

V.— La femme, qui a accepté la communauté, peut revendiquer contre un tiers acquéreur de bonne foi un de ses propres, aliéné par son mari, à la charge de rembourser la moitié du prix, dont elle devient débitrice, comme femme commune.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. — La loi qui régit les conventions est celle que les parties ont déterminée par leur volonté expresse ou tacite.

II. — Le contrat par correspondance est soumis à la loi choisie par la partie maîtresse du contrat.

III. — Les vices du consentement sont régis par la loi du contrat et non par le statut personnel des parties.

IV. — La lettre de change est présumée soumise à la loi personnelle du tireur.

V. — Le contrat pour l'exploitation de la contrebande dans un pays étranger ne doit pas être sanctionné par les tribunaux de celui où il s'est formé.

VI. — Une stipulation d'intérêts, en matière civile, faite dans un pays étranger pour un taux supérieur à 5 0[0, est licite en France.

DROIT COMMERCIAL.

I. — L'autorisation donnée à une femme pour faire le commerce ne peut émaner que du mari, mais ne peut être retirée que par justice.

II. — Le contrat de transport se forme au lieu où les parties se sont rencontrées et non au lieu de la destination.

PROCÉDURE.

I. — L'étranger défendeur, qui n'a pas de domicile autorisé en France, ne peut exiger la caution *judicatum solvi*.

DROIT CRIMINEL.

I. — Lorsqu'une infraction se trouve soumise à deux lois successives relativement à la prescription, cette prescription doit être calculée proportionnellement au temps écoulé sous l'empire de chacune d'elles.

II. — La tentive de crime n'est pas punissable, s'il était impossible à raison des moyens employés.

Le Doyen,
LÉOPOLD THÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
ED. CHAIGNET.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée au candidat.
Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

622. — Poitiers, Imprimerie Générale de l'Ouest (BLAIS, ROY et Cie),
7, rue Victor-Hugo et rue des Hautes-Treilles, 13.

Imp. Gén. de l'Ouest.